الأحكام الشرعية

للأحوال الشخصية

تأليف

زكى الدين شعبان

أستاذ الشريعة بكلية حقوق عين شمس

١٩٦٦ - ١٩٦٧

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت

مطبعة دار التأليف
٨ شارع يعقوب بالمالية بمصر تليفون : ٢١٨٢٥

مقدمة

أحمدك اللهم فاطر العباد ، والهادى إلى سبيل الرشاد ، وصلى وأسلم على سيدنا محمد سيد المرسلين ، وإمام المتقين ، جاء بالهدى ودين الحق ليخرج الناس من الظلمات إلى النور ويهديهم إلى طريق الخير الذى فيه صلاح معاشهم ومعادهم.

وبعد : فإن دين الاسلام عام للبشرية جمعاء ، لايختص به جيل دون جيل ، ولاطائفة دون أخرى ، ولاشعب دون آخر ، وإن مبادئه السامية امتازت بملاءمتها لكل بيئة وكل عصر ، كما امتازت بأنها آخر مراحل التطور الاجتماعى وأسمى درجاته ، وما كان الإسلام ليعد نفسه دين البشرية جمعاء إلا وهو يحمل فى عناصره وتعاليمه ومبادئه مايجعله حقيقاً بهذه الغاية السامية .

فلم يقف عند تنظيم العلاقات بين العبد وربه كما وقف غيره من الأديان ولكنه بسط سلطانه على كل شىء فى هذا الوجود . تناول علاقة العبد بربه بما شرع من أنواع العبادات كما تناول الشئون الدنيوية ووقف منها موقف المصلح الاجتماعى ، فنظم الأسرة ونظم المعاملات المالية ، ووضع أسس القوانين الجنائية ، وواجه كل مرافق الحياة وتعرض لأسسها ووضع القواعد التى تنير سبل هذه الحياة .

وقد فهم علماؤنا السابقون وفهاؤنا المتقدمون ما فى شريعتهم من السعة والمرونة والحيوية فبذلوا كل مايستطيعون فى التخريج والاستنباط حتى أحاطوا بكثير من الفروع والجزئيات ، وكادت هذه الفروع لاتترك صغيرة ولا كبيرة إلا أحصتها ، وتركوا لنا هذه الثروة الطائلة العظيمة من الأحكام والفروع التى حوتها بطون الكتب الفقهية فى المذاهب المختلفة .

ولكن هذه الثروة الطائلة قد حال دون الانتفاع بها والاستفادة منها صعوبة الكتب التى احتوتها من ناحية الترتيب والتبويب والأسلوب الذى كتبت به مما أشعر المسلمين من زمن بعيد بالحاجة إلى اصلاح هذه الكتب وإخراجها للناس فى صورة تتفق مع أذواقهم ومشاربهم وإلى كتابة المؤلفات والبحوث التى تكشف عن هذه الكنوز والنفائس ، وتخرجها لهم نقية صافية وبهذا يقف الناس على تراثهم التشريعى العظيم ، ويعرف أولوا الأمر أن الالتجاء إلى قوانين الغرب فى المعاملات وغيرها لامبرر له ماداموا يجدون فى فقههم وشريعتهم مايحتاجون إليه من نظم وأحكام .

لهذا كانت الحاجة ماسة إلى دراسة الفقه الإسلامى دراسة عميقة شاملة تقوم على أسس قوية سليمة لإبراز مافيه من نظم وأحكام تلائم العصر وتساير تطوره وتفى بحاجاته .

ولما كانت مسائل الأحوال الشخصية من أهم الموضوعات التى حوتها كتب الفقه الإسلامى والتى يحتاج الناس إلى معرفة الأحكام المتعلقة بها ، ثم هى مع هذا القسم الحيوى من الفقه الإسلامى الذى تطبقه المحاكم فى الجمهورية العربية المتحدة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية رأيت أن أساهم بجهدى المتواضع فى كتابة هذه البحوث فى هذا الموضوع تحت عنوان : « الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، » مقتدياً بأساتذتى الأجلاء وزملائى الفضلاء الذين كان لهم فضل السبق فى هذا الميدان ، وهم يستحقون منا عظيم التقدير وجزيل الشكر على مامهدوا من سبل وذللوا من طرق ، وبذلوا من مجهود مشكور .

وقد راعيت فى هذه البحوث السهولة فى التعبير وحسن الترتيب بالقدر المستطاع والإفاضة فى بحث بعض الموضوعات التى تمس الحياة الاجتماعية، وعنيت فيها بذكر آراء الفقهاء مع المقارنة بينها وتعيين الرأى الراجح الذى ينبغى أن يكون عليه العمل أو الفتوى، والإشارة فى كثير من الأحكام إلى المصادر التى استقيتها منها ليسهل على الباحث الرجوع إليها والاستفادة منها. كما عنيت ببيان القوانين الموضوعية التى صدرت فى مسائل الأحوال الشخصية موضحاً الأسباب والمسوغات التى دعت إلى إصدارها والنصوص التى بنيت عليها، وذكرما أمكننى العثور عليه من أحكام القضاء ولاسيما الأحكام ذات المبادىء. وفى هذه الطبعة أضفت بعض الأحكام المهمة التى جاءت فى مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى وضعته اللجنة التى ألفت لهذا الغرض.

وقد رتبت هذه البحوث على مقدمة وثلاثة أقسام وخاتمة .

المقدمة فى القضاء فى الإسلام عامة والجمهورية العربية المتحدة خاصة ، وفى التعريف بالأحوال الشخصية.

والقسم الأول فى الزواج وآثاره ، ويشمل ثلاثة أبواب: الأول فى الزواج والخطبة ، والثانى فى أركان عقد الزواج وشروطه وأحكامه ، والثالث فى حقوق عقد الزواج وواجباته .

والقسم الثانى فى فرق الزواج ، ويشمل هذا القسم تميداً فى بيان معنى الفرقة وأنواعها، وما يعتبر منها طلاقا وما يعتبر فسخا والفرق بين كل نوع ومايحتاج منها إلى القضاء ومالا يحتاج ،وأبواباً ثلاثة: الأول فى الطلاق ، والثانى فى التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء ، والثالث فى العدة .

والقسم الثالث فى حقوق الأولاد ، ويشمل أبواباً خمسة : الأول فى

ثبوت النسب ، والثانى فى الرضاع ، والثالث فى الحضانة ، والرابع فى الولاية ، والخامس فى نفقة الأولاد والأقارب .

والله أسأل أن يلهمنا السداد فى أعمالنا ، والصواب فى أقوالنا ، إنه على ما يشاء قدير ، وهو نعم المولى ونعم النصير ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

تمهيد

القضاء فى الإسلام عامة ومصر خاصة

التعريف بالأحوال الشخصية وأهمية ذلك

ا – القضاء فى الإسلام عامة ومصر خاصة :

القضاء هو الفصل فى المنازعات والخصومات التى تقع بين الناس ،وهو ولاية من الولايات التى تصدر عن الإمام الذى هو مجمع السلطات فى الدولة الإسلامية . يقول ابن خلدون فى المقدمة (١) وهو بصدد بيان الخطط الدينية المختصة بالخلافة « وأما القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة ، لأنه منصب الفصل بين الناس فى الخصومات حسما للتداعى وقطعاً للتنازع إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة فكان لذلك من وظائف الخلافة ومندرجاً فى عمومها » .

وأول من قام بهذه الولاية فى الإسلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه صلى الله عليه وسلم كما كان مأموراً بالدعوة إلى الله عز وجل وتبليغ ما يوحى إليه كان مأموراً بالحكم بين الناس والقضاء فيما يكون بينهم من منازعات وخصومات.

وكان الرسول صلى الله عليه وسلم يرجع فى قضائه إلى الكتاب العزيز أو مايهديه إليه ربه عن نظر واجتهاد أو مشورة أولى الرأى من صحابته الذين كانوا بمنزلة المستشارين فى العصر الحاضر ، وقد ثبت فى السنة الصحيحة أنه كان يجتهد فى بعض الأحكام وكان يستشير فى بعضها مما لم يرد فيه نص فإن أصاب فى ذلك أقره الله وإن أخطأ نبهه الله على خطئه وبين له الصواب ، وقد روى

---

(١) ص ١٧٤

العلماء الكثير من القضايا التى حكم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم نذكر هنا بعضاً منها ليكون نبراساً يهتدى به .

روى أبو داود فى سننه أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس فضربها فكسر يدها فأتت النبى صلى الله عليه وسلم بعد صلاة الصبح فدعا النبى صلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال : خذ بعض مالها وفارقها فقال : ويصح ذلك يا رسول الله قال : نعم ، قال : فإنى أصدقتها حديقتين هما بيدها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم خذهما وفارقها ففعل (١) .

وروى البخارى فى صحيحه عن خنساء ابنة خدام الأنصارية أن أباها زوجها وهى ثيب ، فكرهت ذلك ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد زواجها ، وفى مصنف عبد الرازق أن امرأة بكراً أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله : إن أبى زوجنى ابن أخ له ليرفع بى خسيسته ، ولم يستأمرنى فهل لى فى نفسى أمر فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم . فقالت له : ما كنت لأرد على أبى شيئاً صنعه ولكن أحببت أن يعلم النساء أن لهن فى أنفسهن أمراً .

وجاء فيه أيضاً أن امرأة طلقها زوجها ، وأراد أن ينزع ولدها منها ، فجاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله : إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وثديى له سقاء وحجرى له حواء ، وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به مالم تنزوجى .

وروى فى الصحيحين أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فيه فوقعت ثنيتاه فاختصموا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يعض أحدكم يد أخيه كما يعض الفحل ، لادية لك (٢) .

(١) و(٢) منتقى الاخبار مع شرحه «نيل الأوطار» جـ٦، صـ٢١٠ ، جـ٧صـ٢١

ويؤخذ من هذا القضاء أن من خلص نفسه من يد ظالم له فترتب على ذلك لحوق ضرر بالظالم فى نفسه أو ماله فهو هدر لاضمان فيه .

واختصم إليه صلى الله عليه وسلم رجلان فى سلب (١) أبى جهل كل يدعى أنه له ، لأنه قاتله دون الآخر فحكم الرسول بينهما حال سيفيهما ، فقال هل مسحتما سيفيكما قالا : لا ، فنظر فى السيفين ليرى ما بلغ الدم من سيفيهما ومقدار عمق دخولهما فى جسم المقتول ، فلما رأى سيف أحدهما ملوثاً بالدم أكثر من الآخر قضى بالسلب له (٢) » وفى هذا القضاء تحكيم للقرائن والأمارات .

ولما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية بعث النبى صلى الله عليه وسلم ولاة على بعض الجهات وعهد إليهم بالقضاء فكان الوالى هو الحاكم وهو القاضى ، ومن هؤلاء عتاب بن أسيد ولاه النبى صلى الله عليه وسلم على مكة بعد فتحها وليكون قاضياً بين أهلها وقال له ياعتاب : « أتدرى على من استعملتك ، استعملتك على أهل الله عز وجل ، ولو أعلم لهم خيراً منك لاستعملته عليهم » وبقى عتاب واليا على مكة وقاضياً إلى أن توفى النبى صلى الله عليه وسلم .

ومن هؤلاء أيضاً على بن أبى طالب فقد بعثه النبى صلى الله عليه وسلم إلى اليمن والياً وقاضيا ودعا له قائلا : اللهم أهد قلبه وثبت لسانه . ثم أرشده إلى ما يعينه على الوصول إلى الحق فقال له : ياعلى إذا قعد الخصمان بين يديك فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء » .

ومنهم معاذ بن جبل الذى بعثه الرسول صلى الله عليه وسلم قاضيا على

(١) السلب ما يكون مع القاتل من سلاح ولباس حرب وغيرهما .
(٢) منتقى الأخبار ج ٧ ص ٣٢٥

الجند(١) من اليمن يعلم الناس القرآن وشرائع الإسلام ويقضى بينهم ، وذلك عام فتح مكة فى السنة الثامنة من الهجرة . ولما أراد صلى الله عليه وسلم أن يبعثه إلى اليمن قال له : « كيف تصنع إن عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بما فى كتاب الله ، قال فإن لم يكن فى كتاب الله كيف تصنع ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال فإن لم يكن فى سنة رسول الله ؟ قال . أجتهد رأيى ولا آلو « أى لا أقصر فى الاجتهاد والبحث » فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره بيده وقال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله (٢) » .

وعلى هذه الطريقة سار أبو بكر رضى الله تعالى عنه فكان يقضى بين الناس فى المدينة ، وكان ولاته يقضون بين الناس فى الأمصار التى عهد إليهم بولايتها .

وكان مرجع القضاء فى عهده كتاب الله تعالى وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومايؤدى إليه النظر والاجتهاد بعد البحث ومشورة أولى الرأى من الصحابة .

أخرج البغوى فى مصابيح السنة عن ميمون بن مهران قال : كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر فى كتاب الله تعالى ، فإن وجد مايقضى به قضى به وإن لم يجد فى كتاب الله نظر فى سنة رسول الله فإن وجد فيها مايقضى به قضى به ، فإن أعياه ذلك خرج فسأل المسلمين ، وقال : أتانى كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيه بقضاء فربما اجتمع عليه النفر(٣) كلهم يذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه قضاء . فيقول : أبو بكر الحمد لله الذى

---

(١) الجند بفتح الجيم والنون بلدة من اليمن بينها وبين صنعاء نحو خمسة وسبعين ميلا وينسب إليها كثير من أهل العلم .

(٢) الطبقات الكبرى لابن سعد ج ٤ ص ١٦٣ وأعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٤٣

(٣) النفر هم عدد من الرجال من ثلاثة إلى عشرة .

جعل فينا من يحفظ عن نبينا . فإن أعياه أن يجد سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع رءوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإن اجتمع رأيهم على شيء قضى به :

وروى أن خالد بن الوليد — وكان والياً على الشام — بعث إلى أبى بكر يسأل عن الحكم فى رجل يخالط كما تخالط النساء فجمع أبو بكر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسألهم عن ذلك فكان أشدهم يومئذ قولا على بن أبى طالب فقال : هذا ذنب لم تعص به أمة من الأمم إلا أمة واحدة صنع الله بها ماقد علمتم نرى أن تحرقه بالنار ، فاجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن يحرقه بالنار ، فكتب أبو بكر إلى خالد بن الوليد يأمره أن يحرقه بالنار ، وقد روى أن أبا بكر رأى أن يقتل أولا بالسيف ثم يحرق بالنار زجراً لغيره عن هذا الجرم الشنيع (١) . وهذه الرواية تتفق مع ماورد من النهى عن القتل إحراقاً بالنار .

ولما تولى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه وكثرت الفتوحات فى عصره واتسع نطاق العمران وتعددت الخصومات وكثرت المنازعات أصبح من المتعسر على الخليفة أو نائبه أن يجمع مع النظر فى الأمور العامة الفصل فى الخصومات والمنازعات فرأى أن المصلحة تتطلب أن يفصل القضاء من الولاية وأن يعهد به إلى أناس مخصوصين ، فكان أول خليفة عين قضاة مستقلين عن الأمراء والولاة. فولى أبا الدرداء معه بالمدينة ، وولى شريحاً قضاء الكوفة ، وولى أبا موسى الأشعرى قضاء البصرة وكتب له الكتاب المشهور الذى اشتمل على الأصول الأساسية والقواعد الفقهية والإرشادات الحكيمة التى تعتبر دستوراً لسلوك القاضى

---

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ٩٨ .

وتبراساً يستضىء القضاء به فى كل زمان (١) وظل القضاة فى عهده يرجعون فى عهده فى قضائهم إلى كتاب الله تعالى وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وإلى ما أجمع عليه المجتهـدون من الصحابة . قال ابن القـيم فى أعـلام الموقعين (١) « وكانت النازلة إذا نزلت بأمير المؤمنين عمر بن الخطاب ليس عنده فيها نص عن الله ولا عن رسوله جمع لها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعلها شورى بينهم ، وفى رواية البغوى عن ميمون بن مهران : كان عمر إذا أعياه أن يجد الحـكم فى الـكتاب

(١) وهذا هو نص الـكتاب « سلام عليك أما بعد : فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك ، فانه لا ينفع تـكلم بحق لا نفاذ له . وآس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف فى حيفك : ولا ييأس ضعيف من عدلك . البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر . والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالا . ومن أدعى حقا غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهى إليه فإن بينه أعطيته بحقه ، وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية ، فإن ذلك، أبلغ فى العذر وأجلى للعماء ، ولا يمنعنك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل . والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلودا فى حد أو ظنيناً فى ولاء أو قرابة ، فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان . ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس فى قرآن ولا سنة ، ثم قس الأمور عند ذلك وأعرف الأمثال والأشباه ثم أعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق، وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس ، والتنـكر عن الخصوم ؛ فإن القضاء فى مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر ، فمن خلصت نيته فى الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين بما ليس فى نفسه شأنه الله ، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصاً ، فما ظنك بثواب الله فى عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام عليك ورحمة الله

(٢) ج ١ ص ١٧٥

والسنة نظر هل كان فيه لأبى بكر قضاء ، فإن وجد أبا بكر قضى فيه قضاء قضى به . وإلا دعا رءوس المسلمين واستشارهم ، فإذا اجتمع رأيهم على شىء قضى به .

وكان فى كل مصر جماعة اشتهروا بالفقه والاستنباط يستعين بهم القاضى إذا أشكل عليه أمر .

وأهم ما كان يدعوهم إلى ذلك أن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تكن مجموعة فى كتاب بل كانت محفوظة فى صدور الناس يحفظ أحدهم منها ما لا يحفظه الآخر ، فربما عرضت للقاضى مسألة فلا يجد فيها نصاً ، ويكون النص وهو الحديث عند غيره .

وكان كثير من القضاة يرسل إلى الخليفة يطلب رأيه فى بعض الحوادث إذا أشكل عليه أمرها . وقد مر آنفا أن خالد بن الوليد أشكل عليه القضاء فى شأن الرجل الذى كان يخالط كما تخالط النساء فكتب إلى أبى بكر فى أمره فجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسألهم عن ذلك فأجمعوا على تحريقه بالنار ، فكتب أبو بكر إلى خالد بن الوليد بذلك . وقد حدث فى عهد عمر من هذا الكثير ، فمن ذلك أن يعلى بن أمية كتب إلى عمر بن الخطاب يسأله عن الرجل الذى قتلته امرأة أبيه وخليلها فجمع عمر أصحاب رسول الله فكان من رأيهم أن يقتلهما به فكتب إليه عمر بذلك وقال له : اقتلهما ، ولو اشترك فيه أهل صنعاء لقتلتهم (١) .

واستمر الأمر على ذلك فى عهد الخليفتين عثمان بن عفان وعلى بن أبى طالب وكان القضاء فى عهد الخلفاء الراشدين مقصوراً على فصل الخصومات فى الأمور المالية ونحوها أما القصاص والحدود فكانت ترجع إلى الخلفاء وولاة الأمور .

---

(١) أعلام الموقعين

القضاء فى عهد بنى أمية :

ولما ولى بنو أمية أمر المسلمين سنة ٤٠ من الهجرة بقى القضاء على بساطته التى كان عليها فى عهد الخلفاء الراشدين ، وكان القضاة فى عهدهم مجتهدين لا يقلدون أحداً فى أحكامهم ، لأن التقليد لم يكن معروفاً فى عصرهم ولم تكن الأحكام الفقهية قد دونت ، فكان القاضى فى هذا العصر يرجع فى أحكامه إلى الكتاب والسنة التى ارتضاها كبار الصحابة مما سمعوه بأنفسهم أو رواه لهم غيرهم ، فإن لم يجد شيئاً من ذلك رجع إلى ما استقر عليه الأمر من الفقهاء السابقين ، فإن لم يكن قضى بما يؤديه إليه اجتهاده .

وكان كثير من القضاة يرسل إلى الخليفة يطلب رأيه فى بعض الحوادث إذا أشكل عليه أمرها ولم يعرف وجه الحكم فيها ، فقد كتب عياض بن عبيد الله الأزدى قاضى مصر من قبل عمر بن عبد العزيز يسأله فى أمر الشفعة وأن سلفه كانوا يقضون فيها للأول فالأول من الجيران فكتب له أن يجعلها للشريك وحده ، وقال : إذا وضعت الحدود بين أهل الشرك فى الميراث أو غيره وضربت مداخل الناس التى يدخلون منها دورهم وأرضهم فقد انقضت الشفعة وكتب له أيضاً فى امرأة قتلها رجل بفرس له ، وأبى مواليه (١) العقل عنه ، « يعنى لم يرضوا بتحمل دية القتيل عنه » ، فأجاب عمر : بأن يجعل الدية على الموالى (٢) .

وفى هذا العهد ظهرت الحاجة إلى وجود سجلات تدون فيها الأحكام التى يصدرها القضاة ، ولم يعرف هذا فى عهد الخلفاء الراشدين لأن الحكم كان ينفذ بمجرد صدوره بمعرفة القاضى ، ولأن المتقاضين فى ذلك العهد كانوا أشبه

---

(١) موالى الرجل هم الأقارب العصبة من قبل الأب كاخوته وأعمامه وأبناء أعمامه

(٢) تاريخ القضاة للكندى .

بالمستفتين ، فإذا أظهر حكمه اقتنعوا به غالبا وسارعوا إلى تنفيذه ، ولكن جد بعد ذلك من الأمور مالفت أنظار القضاة إلى كتابة الأحكام فى سجلات خاصة ، وأول من فعل ذلك القاضى سليم بن عتر قاضى مصر من قبل معاوية بن أبى سفيان ، وذلك أنه اختصم إليه فى ميراث فقضى بين الورثة ، ثم تناكروا ورجعوا إليه فقضى بينهم ، وكتب كتابا بقضائه وأشهد فيه شيوخ الجند ثم سجله ، فكان بذلك أول قاض فى العهد الأموى سجل أحكامه فى صحيفة.

وفى هذا العهد عهد إلى القضاة مراقبة أموال اليتامى والأحباس (الأوقاف) وأول قاض نظر فى أموال اليتامى عبد الرحمن بن معاوية بن خديج قاضى مصر من قبل عبد العزيز بن مروان ووضع لذلك نظاما يقضى بتضمين عريف « أى رئيس » كل قوم أموال يتامى قومه ووضع عنده سجلا بذلك ، وجرى العمل على هذا فيما بعد .

وأول قاض بمصر وضع يده على الأحباس توبة نمر فى زمن هشام بن عبد الملك وقد كانت الأحباس فى يد أهلها أو فى يد أوصيائهم فلما كان زمن توبة قال : ماأرى مرجع هذه الصدقات إلا الفقراء والمساكين فأرى أن أضع يدى عليها حفظاً لها من التواء والتوارث ، فلم يمت توبة حتى كانت الأحباس ديوانا عظيما وكان ذلك سنه ١١٨ هـ ، وكان ذلك أول إنشاء ديوان للأوقاف فى مصر .

القضاء فى عهد العباسيين

ولما تولى العباسيون الحكم سنة ١٣٢ من الهجرة ، اتسع نطاق العمران ، وانتشر الإسلام فى الممالك ودخل فى الإسلام عدد عظيم من الفرس والروم والمصريين وكان من نتيجة ذلك أن تفرق حفاظ الشريعة ورواتها فى الأمصار

ووجدت حوادث كثيرة اقتضاها تشعب المعاملات وحال الأمم الداخلة فى الإسلام فدعت الحاجة إلى تدوين الأحكام الفقهية ووضع قواعد عامة يسير المجتهدون على هديها فى استنباط الأحكام خوفاً من تشتيت أحكام الشريعة ودخول الفوضى فى الأحكام فأمر أبو جعفر المنصور مالك بن أنس إمام دار الهجرة أن يكتب كتاباً للناس فى السنة والفقه يتجنب فيه رخص ابن عباس وتشديدات ابن عمر وشواذ ابن مسعود وأن يوطئه للناس توطيئاً ، فكتب الموطأ ، وأراد المنصور أن يحمل الناس على العمل بما فى الموطأ حسما لمادة الخلاف فى الأحكام الفقهية ، كما حمل عثمان الناس على المصاحف التى كتبت فى عهده ، فقال مالك : لا سبيل إلى ذلك ياأمير المؤمنين لأن الصحابة تفرقوا فى الآفاق بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ورووا أحاديث غير أحاديث أهل الحجاز التى اعتمدتها وأخذ الناس بذلك وكل متبع ما صح عنده وكلهم على هدى وكلهم يريد وجه الله ، فاتركهم على ماهم عليه ، فعدل المنصور عما عزم عليه وقال : جزاك الله خيراً يا أبا عبد الله .

وفى هذا العصر تطور القضاء تطوراً كبيراً ، فقداتسعت سلطة القاضى وأصبح له النظر فى الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها وقبض غلاتها وصرفها فى وجوهها وفى تنفيذ الوصايا حسب شروط الموصى فيما أباحه المشرع وتنصيب الأوصياء وإقامة الحدود على مستحقيها ، وقد تضاف إليه الشرطة والمظالم والحسبة ودار الضرب وبيت المال .قال ابن خلدون فى المقدمة (١) « واستقر منصب القضاء آخر الأمر على أن يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامة للمسلمين بالنظر فى أحوال المحجور عليهم من المجانين واليتامى والمفاسين وأهل السفه وفى وصايا المسلمين وأوقافهم وتزويج الأيامى عند فقد أوليائهن على رأى من يراه ، والنظر فى مصالح الطرقات

(١) ج ١ ص ١٧٥

والأبنية وتصفح الشهود والأمناء والنواب واستيفاء العلم والخبرة فيهم بالعدالة والجرح ليحصل الوثوق بهم وصارت هـذه كلها من متعلقات وظيفته وتوابع ولايتـه » .

وفى هذا العصر ظهر نظام فى القضاء لم يكن معروفا من قبل وهو تعيين قاض أعلى ينظر فى شأن القضاة أطلق عليـه اسم قاضى القضاة [1] ، وكان يقيم فى عاصمة الدولة ويولى من قبله قضاة ينوبون عنه فى الأقاليم والأمصار ، وأول من عين فى هذا المنصب ولقب بهذا اللقب القاضى أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم صاحب أبى حنيفة وذلك فى عهد هارون الرشيد الذى كان يجله ويحترمه وكان أبو يوسف يطوف على القضاة يتعرف أحوالهم وسيرهم وهو أول من غير زى العلماء وميزهم بزى مخصوص بهم وكان الناس قبل ذلك يتزيون بزى واحد لايتميز فيه أحد على أحد قال المقريزى فى الخطط « فلما قام هارون الرشيد بالخلافة ولى القضاء أبا يوسف يعقوب بن إبراهيم أحد أصحاب أبى حنيفة بعد سنة سبعين ومائة ، فلم يقلد ببلاد العراق وخراسان والشـام ومصر إلا من أشار به القاضى أبو يوسف واعتنى به وكان أبو يوسف غالبـاً لايشير إلا بتعيين من أخذ بمذهب أبى حنيفة وسار على طريقته فى الاجتهاد واستنباط الأحـكام ، ومنذ هـذا التاريخ وبعد أن تأسست المذاهب الفقهية المختلفة أصبح من يلى القضـاء واحداً من علمـاء هذه المذاهب . وهذا على خلاف ما كان معروفاً قبل ذلك حيث كان القضاة ممن عرفوا بالاجتهاد والقدرة على أخذ الأحكام من مصادرها الشرعية من غير تقيد بمنهج خاص بإمام من الأئمة وقد استمرت هذه الحالة إلى أواخر القرن الرابع الهجرى حيث ضعفت

---

(١) ويقال إن هذا النظام أخذ عن الفرس فهم الذين كان لهم قاضى قضاة كما جاء فى كتاب (التاج) للجاحظ .

الخلافة العباسية فى هـذا العصر وساد الفساد ولم يقتصر على حالة الدولة المدنيـة والحربية بل تعدى ذلك إلى القضـاء أيضـاً ، فوليه من لا يوثق به ، ومن ليس أهلا لهـذا المنصب الخطير ، ومن ثم بدأت تشيع الفوضى فى الفقـه واختلفت الأحـكام فى الأقضية المتشابهة فى البلد الواحد مع أنهـا تستند إلى شريعة واحدة وكان من جراء ذلك أن فزع رجال العـلم من هذه الحالة التى وصل إليها الفقـه ولم يجدوا مناصـاً من الحـكم أواخر القرن الرابع الهجرى بإقفال باب الاجتهاد وتقييد القضاء والإفتاء برأى الأئمـة السابقين ، وبهـذا أصبح الفقهاء والقضـاة مقلدين لا مجتهدين ، ومنذ هـذا التاريخ اقتصر الفقهاء على تقليد أئمـة المذاهب الأربعة وانصرفوا عن البحث فى مصادر الأحـكام الشرعية واستنباط الأحكام منها لا بطريقتهم الخاصة ولا بسلوك منهج من مناهج الأئمة الأربعة ، وقد عرف هذا العصر بعصر المقلدين وقد كان من نتيجة هذا أن أصبح لكل بلد من البلاد الإسلامية مذهب معين من المذاهب الفقهية المختلفة وألزم قضاتها بالحـكم وفقاً له وفى بعض الأوقات كان يتولى فى البلد الواحد قضاة من مذاهب مختلفة يحكم كل منهم على وفق مذهبه .

القضاء فى مصر :

لما فتح المسلمون مصر بقيادة عمرو بن العاص فى عهد عمر بن الخطاب سنة ٢٠ من الهجرة حلت الشريعة الإسـلامية تدريجياً محل القانون الرومانى البيزنطى الذى كانت تحـكم به مصر فى ذلك الوقت وأصبح القضاء فيها تابعـاً للقضـاء فى الدولة الإسلامية ، وأول قاض عين فى مصر بعد الفتح الإسـلامى هو عثمان بن قيس بن أبى العاص ، ولم يكن للقضاء فى عصر الخلفاء الراشدين قانون مدون يعتمد عليه القضاة فى إصدار أحكامهم بل كانوا يعتمدون فى أحـكامهم على

أخذها من المصادر الشرعية بعـد البحث والاجتهاد ، كما هو الحال فى غيرها من الأقطار الإسلامية .

وفى عهد الدولة الأموية بقى القضاء على بساطته التى كان عليهـا فى عهـد الخلفاء الراشدين لـكن مع ملاحظة ازدياد اختصاص القاضى فى هـذا العصر عما كان عليه من قبل حيث أصبح القاضى يجمع بين النظر فى الأمور المدنية والقضايا المتعلقة بالدين وبين النظر فى الجرائم والشرطة ، وقد رأينا فيما تقدم أن أول قاض فوض إليه النظر فى أموال اليتامى عبد الرحمن بن معاوية بن خديج قاضى مصر من قبل عبد العزيز بن مروان ، وأن أول قاض وضع يده على الأوقاف توبة بن نمر فى زمن هشام بن عبد الملك .

وفى عهد الدولة العباسية زاد هذا الاختصاص بسبب اشتغال الخلفاء والملوك بالسياسة الـكبرى حتى أصبح القاضى ينظر فى مسائل الوصايا والأوقاف ومسائل الحجر وأمور الطرقات والأبنيه وقد تضاف إليـه الشرطة والمظالم والقصاص والحسبة ودار الضرب وبيت المال (١) .

وفى هذا العصر أيضا تأسست المذاهب الفقهية ، ومنذ هـذا التاريخ أصبح من يلى القضاء واحداً من علماء هذه المذاهب ، وقد كان الأولون منهم يرجعون فى أحكامهم إلى المصادر الشرعية يستنبطون منها مايحتاجون إليه من أحكام إلا أنهم ينهجون فى استنباط الأحكام من هذه المصادرمنهجاً خاصاً بإمام من الأئمة .

ولمـا تولى أبو يوسف صاحب أبى حنيفة منصب قاضى القضاة صار لمذهب أبى حنيفة المنزلة الأولى فى الدولة العباسية ، لأن أبا يوسف كان لايختار القضاة إلا من فقهاء المذهب الحنفى .

---

(١) مقدمة بن خلدون ص ١٧٥ .

وباعتبار مصر ولاية من الولايات التابعـة للدولة العباسية أصبح للمذهب الحنفى فيها مكانة بجانب المذهب المذهب المالـكى الذى كان منتشراً فيها بواسطة تلاميذ الإمام مالك الـكثيرين كعبد الرحمن بن القاسم وابن وهب وغيرهما وبجانب المذهب الشافعى الذى كان معروفاً فيها بمجىء الإمام الشافعى إلى مصر وإقامته فيها فى آخر حياته .

واستمر الحال على ذلك فى عهد الدولة الطولونية والإخشيدية حيث كان هناك قضاة من المذاهب الثلاثة يحـكم كل منهم وفق المذهب الذى ينتمى إليه ، وكانت رئاسة القضاء بين هؤلاء الثلاثة يتولاها الحنفى مرة والشافعى مرة أخرى والمالـكى مرة ثالثة .

ولما تولى الفاطميون أصبح المذهب الرسمى فى مصر هو مذهب الشيعة الإسماعيلية (١) وحاربوا المذهب الحنفى لأنه مذهب خصومهم العباسيين ولـكنهم أغضوا عن المذهب الشافعى والمالـكى ، وصار منصب القضاء فى مصر يسند إلى رجل من الشيعة يلقب بقاضى القضاة له حق تعيين نواب عنه فى جميع المدن

(١) الإسماعيلية إحدى فرق الشيعة التى جنحت إلى الغلو حتى خرجت عن ربقة الإسلام وإنما سميت بالإسماعيلية نسبة إلى إسماعيل بن جعفر الصادق ، وهم يقولون بالوحدانية ويشهدون ألا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ولـكنهم فى نفس الوقت يقولون : إن لـكل ظاهر باطنا ولـكل تنزيل تأويلا ، وأن للقرآن ظاهراً وباطنا فيجب تأويله ولا يتمسك بحرفيته ، ويزعمون أن الوحى هو صفاء النفس لا نزول ملك ، وأن الشعائر الدينية لا تلزم إلا العامة أما الخاصة فإنهم غير ملزمين بها ، وأن الأنبياء سواس العامة ، أما الخاصة فأنبياؤهم الفلاسفة ، ويقول الأستاذ محمد على كرد فى كتابه « الإسلام والحضارة العربية » إن مذهب الإسماعيلية قد وضع أساسه أناس من أبناء المجوس دخلوا فى الإسلام وتأولوا آيات القرآن وسنن الرسول على ما يوافق أهواءهم واستتروا لنشر مذهبهم وراء دعوى الخلافة لآل على » .

المصرية ، ويستمد أحكامه من الفقه الشيعى ، ومن ثم أصبح المذهب الشيعى فى هذا العهد هو المذهب الذى يلتزمه القضاة فى أحكامهم ، ولم يكن اختصاص قاضى القضاة فى عهد الفاطميين مقصوراً على النظر فى قضايا الأحوال الشخصية بل كان يتناول القضايا المدنية والجنائية كما كان يقوم بإمامة المسلمين فى الصلاة ويشرف على دار الضرب ويتفقد أحوال نوابه فى الأقاليم ويشرف عليهم ويسأل عنهم الثقات ، وفى أواخر عهد الفاطمين أقاموا بجانب قضاتهم الشيعيين قضاة آخرين من الشافعية والمالكية .

ولما زال حكم الفاطميين وتأسست الدولة الأيوبية صرف صلاح الدين الأيوبى جميع القضاة الشيعيين وعين بدلهم قضاة من الشافعية الذين كان يتبع مذهبهم وبذلك اقتصر القضاء فى مصر على مذهب الشافعية ،وكان قاضى القضاة شافعى المذهب وكان لايختار للقضاء فى الأقاليم إلا من كان شافعى المذهب مثله ومن ثم انتشر المذهب الشافعى فى مصر وما يتبعها من الأقاليم .

وبقى الأمر على ذلك طوال عهد الأيوبيين وطرفا من عهد المماليك إلى زمن الظاهر بيبرس الذى رأى تقسيم مناصب القضاء بين قضاة من المذاهب الأربعة لضمان العدالة بين الناس والتيسير عليهم ، فعين فى سنة ٦٦٦ هـ أربعة قضاة يمثلون المذاهب الأربعة وكتب لكل منهم تقليداً وأجاز لهم أن يولوا نواباًعنهم فى أنحاء الديار المصرية ، غير أن سلطة هؤلاء القضاة الأربعة ونوابهم كانت مقصورة على المدنيين ، أما الجيش فكان له قضاة يختصون بشئونه وكان كل منهم يعرف باسم قاضى العسكر ، وكانوا يفصلون فى القضايا الخاصة بالعسكر والمدنيين . ولما أصبحت مصر ولاية عثمانية سنة ٩٢٣ هـ (١٥١٦ م) أبطل السلطان سليم نظام التعدد وجعل قاضى القضاة من الأتراك الذين يتبعون المذهب الحنفى على أن يكون

له نواب من المذاهب الأربعة ، وكان هذا العمل تمهيداً لقصر القضاء فى مصر على مذهب الحنفية ، وقد تم هذا فى أوائل ولاية محمد على باشا سنة ١٨٠٥م حيث أصدر الخليفة العثمانى فرماناً (١) يلزم القضاء والمفتين باتباع المذهب الحنفى ويلغى نظام القضاة الأربعة، ومن ثم أصبح المذهب الحنفى هو المذهب الرسمى للقضاء والإفتاء.

وفى الوقت الذى كان القضاء فى مصر يسير على وفق المذهب الحنفى كانت المحاكم الشرعية تقضى بهـذا المذهب فى جميع الوقائع من غير فرق بين مسائل الأحوال الشخصية وبين غيرها إلا أنه فى زمن العثمانيين بدأ تقلص سلطة هـذه المحاكم ، ذلك أن العثمانيين رغبة منهم فى استرضاء الدول الأجنبية وتشجيعا للتعامل التجارى بينهم وبين هـذه الدول بدءوا فى عقد اتفاقات عرفت فيما بعـد باسم معاهدات الامتياز وبمقتضى هذه الامتيازات أصبح لرعايا الدول الأجنبية المقيمين فى الدول العثمانية الحق فى الالتجاء إلى قناصلهم لفض المنازعات التى تقوم بينهم فى بعض المسائل دون أن يلزموا بالالتجاء إلى محاكم الدلة وبذلك نشأت المحاكم القنصلية فى الدولة العثمانية .

كما أنه اقتضت سياسة إرضاء الطوائف الدينية غير الإسلامية فى الدولة العثمانية إصدار فرمانات وبراءات ومحررات من السلاطين والعثمانيين بمنح السلطة القضائية للرؤساء الدينيين للطوائف غير الإسلامية ، وكان من نتيجة ذلك أن أنشأت هذه الطوائف محاكم طائفية مستقلة عن قضاء الدولة عرفت باسم المجالس المالية ، وقد اختصت هذه المجالس بالنظر فى المنازعات الخاصة بعقد الزواج وفسخه من حيث الصحة والبطلان ، وكذلك مايختص بهذا العقد ويتعلق به بحسب تقاليد الملة مثل

---

(١) الفرمان : كلمه فارسية معناها أمر وبراءة سلطانية .

قضايا النفقة والمهر والجهاز والطاعة المتولدة من عقد الزواج . وقضاؤها فى هذه الدعاوى إجبارى لا يشترط فيه اتفاق الخصوم على نظرها أمامها ، وأما فيما عداها من دعاوى الأحوال الشخصية الأخرى كالميراث والهبة والنسب ونفقات الأقارب فإنها لاتدخل فى اختصاصها إلا عند إتفاق الخصوم على نظرها أمامها ، فإذا لم يتفق الخصوم على ذلك كانت من اختصاص المحاكم الشرعية باعتبارها محاكم الأحوال الشخصية أصالة فى البلاد .

سريان هذه الامتيازات بمصر :

ولما كانت مصر ولاية من ولايات الدولة العثمانية فى ذلك الوقت فمن الطبيعى بحكم هذه التبعية أن تتمتع الطوائف الأجنبية وغير الإسلامية المقيمة بها بالامتيازات الممنوحة لها فى الدولة ولذلك نشأت فيها المحاكم القنصلية والمجالس المالية إلى جانب محاكم الدولة .

ولما صار محمد على باشا والياً على مصر أقام إلى جانب المحاكم الشرعية دواوين ومجالس مختلفة ذات سلطة قضائية استلبت بدورها بعض اختصاص مابقى للقضاء العام فى الدولة الذى كانت تمثله المحاكم الشرعية .

وقد سار الولاة بعده على طريقته .فأنشئوا مجالس خاصة سميت بأسماء مختلفة أنقصت سلطات المحاكم الشرعية وسلبت بعض اختصاصاتها .

وفى سنة ١٨٧٥ أنشأت الدولة المحاكم المختلفة رغبة منها فى أن تحل محل المحاكم القنصلية ولكن هذه الرغبة لم تتحقق حيث ظلت المحاكم القنصلية قائمة كما هى ، وكل ماطرأ عليها هو التضييق فى اختصاص هذه المحاكم، وقد ترتب على إنشاء المحاكم المختلطة وجود هيئة قضائية جديدة أضيفت إلى قائمة الجهات القضائية القديمة ، واستلبت بدورها مجموعة أخرى من اختصاص القضاء الشرعى .

كما ترتب على إنشاء هذه المحاكم إدخال التنظيمات الغربية فى القضاء والقوانين إلى مصر فقد صدرت بنظام هذه المحاكم لائحة عرفت باسم لائحة ترتيب المحاكم المختلطة كما صدرت القوانين التى تحكم على وفقها هذه المحاكم وهى قوانين مقتبسة فى أغلب نصوصها من القوانين الفرنسية بعد أن أدخلت عليها بعض التعديلات التى روعى فيها ماجرى عليه القضاء الفرنسى وأحكام الشريعة الإسلامية والعرف المصرى .

وفى سنة ١٨٨٣ أنشئت المحاكم الأهلية ووضعت لها القوانين التى تطبقها فى المسائل الداخلة فى اختصاصها ، وهى قوانين منقولة عن القوانين المختلطة فهى قوانين فرنسية الأصل ولكنها مطعمة ببعض التعديلات التى اقتضتها ظروف البلاد . وفى سنة ١٩٤٨ انتقل إلى هذه المحاكم بعض مسائل الأحوال الشخصية وهى المسائل المتعلقة بالولاية على المال وهى مسائل الوصاية والقوامة على القصر ومن فى حكمهم .

ولما ألغيت المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ انتقل اختصاصها إلى المحاكم الأهلية وسميت هذه المحاكم بالمحاكم الوطنية ، وأصبحت صاحبة الاختصاص فى جميع المسائل عدا مسائل الزواج والطلاق والنسب والنفقة والمواريث والوصايا والوقف فإنها بقيت من اختصاص المحاكم الشرعية ومن ثم تضاءل اختصاص هذه المحاكم وانحصرت أعمالها فى النظر فى الدعاوى المتعلقة بهذه المسائل ، ومع هذا لم يكن لها وحدها حق النظر فى هذه الدعاوى بل شاركتها فى أكثرها المجالس الملية عندما يكون الخصوم من المصريين غير المسلمين واتحدوا فى الطائفة والملة .

تنظيم المحاكم الشرعية :

بعد أن أنشأت الحكومة المصرية المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية عمدت

إلى تنظيم المحاكم الشرعية على غرار المحاكم المختلطة والأهلية فأصدرت فى سنة ١٨٩٧ لائحة تنظيمية سميت بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقد عدلت هذه اللائحة تعديلات هامة فى سنتى ١٩٠٩ ، ١٩١٠ ، ثم أدخلت عليها تعديلات أخرى أساسية فى سنة ١٩٣١ .

وعن طريق هذه اللوائح عرف القضاء الشرعى نظام تعدد القضاة وتعدد درجات التقاضى واتباع إجراءات شكلية محددة فى التقاضى .

وأصبح اختصاص المحاكم الشرعيـة مقصوراً على مسائل الأحوال الشخصية والمواريث والوصـية والوقف ، وألزم القضاة بالحكم بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ، ولم يصدر بالقواعد الموضوعية التى يجب العمل بهـا تقنين مسنون وإنما كان القضاة يرجعون إلى كتب الفقه المعتمدة فى مذهب الحنفية .

انتقاد سير المحاكم الشرعية :

وقد ترتب على اقتصار المحاكم الشرعية على الأخذ بالرأى الراجح من مذهب الحنفية توجيه انتقادات كثيرة لسير هذه المحاكم من أهم هذه الانتقادات :

١ — أن الكتب الفقهية فى وضعها الحالى لاتساير الزمن باعتبارها مراجع للفصل فى الخصومات ، فهى كتب قديمة معقدة تعـلو على فهم المثقف العادى . وإنه لمن الخير للأمة أن يكون القانون المعمول به فى متناول عامة المثقفين لاسيما مايختص بالأسرة .

٢ — أن أرجح الأقوال منثور فى بطون الكتب ولم يجمع المؤلفون على أرجحية الكثير ، منها ، فقد يرجح مؤلف مالا يرجحه الآخر ممـا يجعل القضاة يختلفون فى كثير من الأحكام .

٣ — إن العمل بمذهب الحنفية دون غيره من المذاهب قد أدى فى بعض المسائل إلى الحرج والإخلال بالمصلحة والبعد عن مسايرة الحياة الحديثة مع أن فى غيره من المذاهب مايحقق العدالة ويلائم روح العصر ، وليس فى الخروج عن مذهب أبى حنيفة مايقدح فيه لأن الأحكام الاجتهادية تتغير بتغير الظروف والأحوال ، والرأى يخطىء ويصيب ، وكل واحد يؤخذ من قوله ويرد عليه إلا صاحب الرسالة صلى الله عليه وسلم ، ومما يؤثر عن أبى حنيفة أنه كان يقول لتلاميذه بعد تقرير حكم من الأحكام : هذا رأى ، وهو أحسن ما قدرنا عليه فمن جاء بأحسن منه فهو أولى بالصواب (١) .

لذلك اتجه المصلحون إلى العمل على تلافى هذه الانتقادات . فقام المرحوم محمد قدرى باشا بتأليف كتاب فى الأحكام الشخصية ، تكلم فيه عن الزواج والنفقات والفرق والهبة والوصية والميراث ، وألف كتاباً آخر فى المعاملات سماه « مرشد الحيران فى معرفة أحوال الإنسان » وكتابا ثالثاً فى الوقف سماه « قانون العدول والإنصاف فى مشكلات الأوقاف » وقد سلك محمد قدرى فى تأليفه مسلك القوانين الوضعية ، وهذه هى المحاوله الأولى فى صياغة الفقه الحنفى فى شكل مواد على غرار القوانين الوضعية وقد أفاد بعمله هذا المتعلمين تعليما مدنياً حيث سهل لهم طريق التعرف على الأحكام الشرعية ، ولهذا كانت ترجع إلى هذه المؤلفات قضاة المحاكم المدنية للتعرف على أحكام الشريعة الإسلامية وبخاصة قضاة المحاكم المختلطة .

ثم ألفت لجنة فى عهد السلطان حسين من كبار العلماء تمثل المذاهب الأربعة برياسة وزير الحقانية لوضع قانون للأحوال الشخصية وأعدت

---

(١) تاريخ بغداد جـ ١٣ صـ ٣٥٢ .

مشروع قانون للزواج والطلاق والمسائل المتعلقة بهما استمدت أحكامه من المذاهب الأربعة ، وطبع سنة ١٩١٦ وأعيد طبعه بعد تنقيحه سنة ١٩١٧ ولكن هبت على هذا المشروع عاصفة شديدة من النقد من طائفة كبيرة من علماء المذاهب المختلفة كانت نتيجتها أن طويت صفحات المشروع ،

وفى عهد السلطان فؤاد ألفت لجنة لمعالجة المسائل التى بدت عيوب مذهب الحنفية فيها واضحة فأصدرت القانون رقم ٢٥ فى ١٢ يوليه سنة ١٩٢٠ ، وقد اشتمل على أحكام كثيرة عدل فيها عن مذهب أبى حنيفة وأخذ أكثرها من مذهب الإمام مالك ، من هذه الأحكام اعتبار نفقة الزوجة ديناً فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن أدائها لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وإعطاء المرأة الحق فى طلب التطليق إذا لم ينفق عليها الزوج أو كان بالزوج عيب لا تمكن العشرة معه ، واعتبار الزوج المفقود فى حكم الميت بعد مضى أربع سنين من وقت رفع الأمر إلى القاضى .

وفى سنة ١٩٢٣ صدر القانون رقم ٥٦ معدلا للائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٩١٠ ، وهو يقضى بتحديد سن الزواج وجعله ١٨ سنة هلالية بالنسبة للزوج و ١٦ سنة هلالية بالنسبة للزوجة ، ومنع المحاكم من سماع دعوى الزوجية إذا لم يبلغ الزوجان هذه السن كما منع الموظف الرسمى المختص بمباشرة عقود الزواج من إجراء عقد الزواج مالم يكن الزوجان قد بلغا السن المحددة وقت العقد.

وهذا القانون يخالف مذهب الأئمة الأربعة ويعتمد على رأى ابن شبرمة وعثمان ألبتى وأبى بكر الأصم ولهذا قوبل من العلماء بعاصفة شديدة من النقد ، ولكن الناس أدركوا فائدته فاطمأنوا إليه بعد أن استوحشوه زمناً طويلا .

وفى سنة ١٩٢٩ صدر القانون رقم ٢٥ متضمناً تعديلات هامة فى بعض المسائل المتعلقة بالطلاق والنفقة والعدة والنسب والحضانة وسيجىء الكلام

مفصلا على الأحكام التى أتى بها هذا القانون فى أصل هذا الكتاب ولكن نشير هنا إلى بعضها وهى :

١ — أن طلاق السكران والمكره لا يقع .

٢ — وأن الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شىء أو تركه لا يقع.

٣ — وأن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة .

٤ — وأن المرأة يجوز لها طلب التفريق من القاضى إذا أساء الزوج عشرتها أو غاب عنها وخشيت على نفسها الفتنة .

٥ — وأن النفقة تقدر بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما كانت حال الزوجة .

٦ — وأن للقاضى أن يأذن بحضانة الصغير إلى تسع سنين والصغيرة إلى إحدى عشرة سنة .

ولم يخرج القانون فى أحكامه التى قررها عن المذاهب الأربعة إلا فى الطلاق الثلاث بلفظ واحد والطلاق المعلق فقد أخذ فيهما برأى بعض الشيعة ابن تيمية وتلميذه ابن القيم. وكان الأولى به أن يأخذ برأى الأئمة الأربعة لقوة الأدلة التى اعتمدوا عليها وضعف أدلة المخالفين لهم كما سنبين ذلك فى موضعه من هذا الكتاب .

ولقد كان هذا القانون فاتحة عهد جديد وخطوة جريئة إذ به تقرر اقتباس الأحكام الشرعية من الفقه الإسلامى دون التقيد بمذاهب الأئمة الأربعة بل إن القانون قد اعتمد فى تحديد أقصى مدة الحمل بسنة على رأى الأطباء فى المدة التى يمكثها الجنين فى الرحم .

وفى سنة ١٩٣٦ ألفت وزارة العدل لجنة من كبار العلماء برئاسة شيخ الأزهر لوضع قانون شامل لأحكام الأسرة من الفقه الإسلامى دون

التقيد بمذاهب الأئمة الاربعة ، فبدأت بالتنظيم المـــالى للأسرة وأرجأت الزواج ومايتصل به لسبق الإصلاح فيه فى القوانين التى سبق ذكرها ، وكان أول عملها قانون الميراث الذى وافق عليه مجلس الوزراء وأصبح معمولا به من سبتمبر سنة ١٩٤٢ . وقد نظم هذا القانون أحكام الميراث كلها ، واشتمل على تعديلات تخالف ما كان العمل جارياً عليه من قبل ،ومن أهم هذه التعديلات مايأتى :

١ — أن القتل خطأ لا يعتبر مانعاً من الميراث ، أما القتل بالتسبب فيعتبر مانعاً.

٢ — وأن اختلاف الدار لا يعتبر مانعاً من الميراث بين غير المسلمين ، إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبى عنها .

٣ — وأن أحد الزوجين يرد عليه ما بقى بعد فرضه إذا لم يوجد قريب وارث .

٤ — وأن الجد الصحيح لا يحجب الأخوة الأشقاء أو لأب من الإرث بل يشاركهم .

وكان التوفيق الذى صاحب صدور هذا القانون مشجعاً على المضى فى تقنين الأحكام الشرعية فطلع على الناس بعد ذلك قانون الوقف وهو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦، ولم ينظم هذا القانون أحكام الوقف كلها ولكنه عالج المسائل التى كثرت شكوى الناس منها ، وقد أدخل هذا القانون على نظام الوقف تعديلات جوهرية من أهمها إلغاء نظرية تأبيد الوقف ، فيما عدا وقف المسجد والوقف على المسجد ، وإجازة رجوع الواقف فى وقفه مادام حياً إلا فى وقف المسجد ، وحماية الموقوف عليهم من شروط الواقفين الاستبدادية وقصر الحق فى الشروط العشرة على الواقف ، وتقييد حرية الواقف بحيث لا يزيد مايقفه على الثلث كما فى الوصية سواء أكان الوقف صادراً لمصلحة الوارث أم لمصلحة غير الوارث ، وقد استمر العمل بهذا القانون إلى أن صدر القانون رقم ١٨٠

لسنة ١٩٥٢ الذى ألغى الوقف الأهلى واعتبر كل مستحق مالكا لما يستحقه وبذلك اقتصر تطبيق مافيه من أحكام على الوقف الخيرى، ومالم ينص عليه فيه يعمل فيه بالراجح من مذهب الحنفية تطبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٩٣١ (١) .

وفى سنة ١٩٤٦ أيضاً صدر القانون الخاص بالوصية وهو قانون يشبه قانون الميراث فى اتساع أغراضه وقانون الوقف فى تجديده فلم يلتزم واضعوه مذهبا معينا بل وضعوا أنفسهم فى بعض المسائل موضع المجتهدين فلجئوا إلى القرآن والسنة يستنبطون منهما مايرونه أوفق بحال الناس وأقرب إلى تحقيق العدالة بينهم .

ومن أهم مااستحدثه هذا القانون نظام الوصية الواجبة حيث أوجب على الشخص أن يوصى لفرع من مات من أولاده فى حياته بمثل نصيب أبيه أو أمه فإن مات ولم يوص لفرع ولده الذى مات فى حياته بمثل نصيب ما كان يستحقه هذا الولد بطريق الميراث لوكان حياً عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث .

وقد أجاز هذا القانون الوصية للوارث كما تجوز للأجنبى فى حدود الثلث من غير توقف على إجازة سائر الورثة ، فى حين أن المذاهب الأربعة وغيرها لاترى جواز الوصية للوارث إلا إذا أجازها باقى الورثة .

أما الزواج ومايتصل به فلم تصدر اللجنة فى شأنه قانونا ينظم أحكامه فبقى

(١) ونص هذه المادة كما يأتى : تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ماعدا الاحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد.

العمل بالنسبة له جاريا على أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة وذلك فيما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد .

ومنذ أن صدرت هذه القوانين والمحاكم الشرعية تحكم على وفقها ، وتطبقها على الدعاوى التى ترفع أمامها فى حدود الاختصاص الذى بقى لها وإلى جانبها المجالس الملية المختلفة تطبق أحكامها الخاصة فى حدود اختصاصها إلى أن رأى القائمون بالأمر توحيد جهة التقاضى فى الأحوال الشخصية فصدر فى ٣١ سبتمبر سنة ١٩٥٥ القانون رقم ٤٦٢ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية معا ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ وإحالة الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ إلى المحاكم الوطنية ، وعدل المشرع نص المادة ١٢ من قانون نظام القضاء بحيث تختص المحاكم الوطنية بالفصل فى منازعات الأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه ، ومن ثم انتقلت جميع مسائل الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية والملية إلى اختصاص المحاكم الوطنية ، وقد تشكلت لذلك دوائر متخصصة للأحوال الشخصية بجميع طبقات المحاكم من جزئية وكلية وكذا بمحاكم الاستئناف . أما محكمة النقض فلم تنشأ بها للآن دائرة متخصصة للأحوال الشخصيه وإن كانت المادة (٤) من القانون رقم ٤٦٢ تشير إلى وجوب إلحاق رئيس المحكمة العليا الشرعية عضواً بمحكمة النقض عند النظر فى قضايا الأحوال الشخصية (١)

وعلى الرغم من إلغاء المحاكم الشرعية والملية وجعل المنازعات التى كانت من اختصاص هذه المحاكم من اختصاص المحاكم الوطنية فإن المشرع أبقى المسائل التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية خاضعة لأحكام الفقه الإسلامى التى كانت تطبقها المحاكم الشرعية قبل إلغائها ، وأبقى المسائل التى كانت من اختصاص

---

(١) التاريخ العام للقانون للدكتور شفيق شحاته :

المجالس الملية خاضعة لأحكام الشرائع المختلفة التى كانت تطبقها هذه المجالس قبل إلغائها، كما نصت على ذلك المادة (٦) من القانون الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية [١].

وعلى هذا يكون على القاضى الذى ينظر فى الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية أن يرجع فى قضائه إلى أحكام الفقه الإسلامى إذا كان الخصوم من المسلمين أو من غيرهم واختلفوا فى الملة أو الطائفة وأن يرجع إلى أحكام الشرائع الأخرى إذا كان الخصوم من المصريين غير المسلمين، واتحدوا فى الطائفة والملة وكان النزاع فيما عدا الميراث والوصية والوقف أما هذه فإنه يرجع فيها الأحكام الفقه الإسلامى ولما صدر فى شأنها من تشريعات لأنها تطبق على جميع المصريين بدون استثناء، ولما كانت الأحكام الشرعية الخاصة بالميراث والوصية وأكثر مسائل الوقف قد نظمت بقوانين خاصة يسهل على القضاة والمتقاضين الاهتداء إليها فإنه من المأمول جمع الأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق ومايتصل بهما فى قانون موحد يؤخذ من الأحكام الفقهية فى المذاهب المختلفة مع احترام

---

(١) ونص هذه المادة كما يأتى « تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر فى المادة (٢٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منتظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام، طبقاً لشريعتهم ».

والمادة (٢٨٠) المشار إليها هى المادة الواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ والتى تنص على أنه « تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد ».

الأحكام المتصلة بعقائد الطوائف غير الإسلامية وبذلك نتلافى الصعوبات التى تقوم فى وجه القضاة فضلا عن المتقاضين عند الاحتياج إلى معرفة الأحكام الخاصة بهذه المسائل ولاسيما الأحكام الخاصة بالطوائف غير الإسلامية فإن هذه الأحكام - كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون القاضى بإلغاء المحاكم الشرعية والملية - غير مدونة، وليس من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين ، وهى مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت ومبعثرة فى كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو أرمنية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين .

وقد فكرت وزارة العدل فى وضع قانون موحد للزواج والطلاق وما يتعلق بهما فشكلت لجنة لاختيار أحكام من الفقه الإسلامى من غير تقيد بمذهب معين ولا بالمذاهب الأربعة وإلى هذا التاريخ لم تنته اللجنة من مهمتها .

ومن النتائج التى ستترتب على توحيد جهة التقاضى جعل الفصل فى دعاوى الأحوال الشخصية من حق الخريجين من كليات الحقوق فى الجمهورية العربية المتحدة بعد أن كان مقصوراً على الخريجين من مدرسة القضاء الشرعى وتخصص القضاء بكلية الشريعة التابعة لجامعة الأزهر ، ولهذا كان من المأمول أن يعتنى بتثقيف هؤلاء الخريجين ثقافة شرعية حتى يصبحوا فى مستوى يؤهلهم لتولى هذا المنصب الخطير منصب الفصل فى ألصق المسائل بذات الإنسان وفقاً لحكم الله وشريعته .

وذلك بدراسة الفقه الإسلامى وأصوله ودراسة الآيات والأحاديث المتعلقة بالأحكام الفرعية دراسة تحليلية فى مراجعها الأصلية ، بحيث يستطيع الطالب الرجوع إلى هذه المصادر والاستفادة منها عند الاحتياج إليها ، وهو

لابد محتاج إليها حتى ولو كان بين يديه قانون مسنون يرجع إليه عند الفصل فى الدعاوى ، لأن هذا القانون سيؤخذ من هذه المراجع ، فلا يتحقق فهمه على وجهه الصحيح ، أو إزالة ماقد يوجد فيه من لبس أو خفاء إلا إذا رجع الباحث إلى أصوله ومصادرها التى أخذ منها واعتمد واضعوه عليها .

كما أنه من المأمول أيضاً أن يكون هذا الإصلاح فى نظام القضاء مقدمة للأصلاح فى القوانين الموضوعية التى يسير عليها ، وذلك بجعل الفقه الإسلامى المصدر الأول الذى تؤخذ منه القوانين التى تطبقها المحاكم فى الجمهورية العربية المتحدة وألا يكون ذلك مقصوراً على أحكام الأحوال الشخصية وحدها وإنما يشملها ويشمل غيرها من المسائل المدنية والجنائية .

وإن نظرة فاحصة فى الإصلاحات التى أدخلت على قانون المحاكم الشرعية فى الجمهورية العربية المتحدة تدل دلالة واضحة على مرونة الفقه الإسلامى ومعاونته لرجال الإصلاح الاجتماعى ومدهم بما يحتاجون إليه من نظم وأحكام تلائم العصر وتساير تطوره وتفى بحاجاته ، وهو دليل عملى على ماتحتويه بطون الكتب الفقهية من كنوز ونفائس ، وتراث هو خير ماورثه خلف عن سلف بذل كل مايستطيعه فى الاستنباط والتخريج ، وفعل كل مافى مقدوره نحو شريعته العادلة الكفيلة بمصالح البشر .

وواجبنا نحن أن نكشف عن هذه الكنوز وأن نخرجها للناس نقية صافية وذلك بأن يتضافر علماء الفقه فى المذاهب المختلفة وكبار رجال القانون ويتعاونوا على هذه المهمة ويقوموا باختيار الآراء التى تساير تطور الزمن ويطلعوا على الناس بما تخيروه من هذه الآراء فى العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والعقوبات وعلاقة الأمم الإسلامية بغيرها من الأمم .

بهذا المجهود العلمى يقف الناس على تراثهم التشريعى العظيم ويعرف أولوا الأمر أننا أغنياء بفقهنا وأنه لاحاجة إلى الالتجاء إلى القوانين الغربية فى المعاملات وغيرها .

هذا وإنا لنرجو من الله العلى القدير أن يهدى المسلمين إلى العمل بأحكام شريعتهم كما كان سلفهم الصالح حتى يشعروا بالعزة والكرامة التى كان يشعر بها المسلمون السابقون حين كانت تحكمهم شريعتهم وتسودهم قوانينهم .

وإن تحقيق هذا الرجاء قد صار ميسوراً فى ظل هذا العهد الذى يعمل أولوا الأمر فيه على جمع شمل العرب وتوحيد كلمتهم وإيجاد كيان مستقل لهم .

ب — التعريف بالأحوال الشخصية :

كلمة الأحوال الشخصية اصطلاح لم يكن معروفا عند الفقهاء ولا يوجد له ذكر فى كتب الفقه المختلفة ولكنه اصطلاح قانونى أجنبى وفد إلى مصر مع التشريعات الأجنبية التى وفدت إليها ، ثم استساغه الكاتبون فى الفقه الإسلامى ورأوا إطلاق هذه العبارة على نوع من المسائل الفقهية وهى المسائل التى تتعلق بشخص الإنسان وذاته كالزواج والفرقة والنفقة والرضاع والحضانة والنسب والميراث والوقف والوصية والهبة ، وقد كانت هذه المسائل قبل هذا الاصطلاح مندرجة عند الفقهاء فى قسم المعاملات ، وهو القسم الذى يشمل الأحكام التى تهيمن على أحوال الاجتماع الإنسانى وتنظم علاقات الأفراد والجماعات بعضهم ببعض وهى تتعلق بجميع أعمال الإنسان وأفعاله سوى العبادات .

ولقد كان مجىء هذا الاصطلاح إلى مصر سبباً فى اختلاف وجهات النظر بين الهيئات القضائية المختلفة التى كانت فى مصر فى شأن تحديد نطاقه ، وكان

لهذا الاختلاف أهمية كبيرة من ناحية تعيين المحكمة المختصة بالنظر فى المنازعات التى تقوم بين الأفراد والفصل فيها ، فبينما كانت بعض الجهات تتوسع فى تعيين المراد بالأحوال الشخصية ليتسع بذلك اختصاصها كانت الجهة الأخرى تحاول التضييق من مدلول هذه العبارة ، لتضيق من اختصاص تلك الجهة وتوسع بدورها اختصاصها

وقد بقى هذا الخلاف قائماً إلى أن حددت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢١ يونية سنة ١٩٣٤ مدلول هذه العبارة فى الاصطلاح القانونى بقولها «المقصود بالأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثراً قانونيا فى حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أباً أو ابنا شرعياً وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية وإذا فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية وكلها من عقود التبرعات تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها» (١)

ورغم هذا التحديد فإن النزاع بين الهيئات القضائية فى بيان المراد بالأحوال الشخصية لم ينقطع بل كان يثور بين حين وآخر مما دعا المشرع إلى

---

(١) مجلة المحاماة س : ١٥ ص ٨٧

القضاء على هذا النزاع فأصدر فى ٢٨ أغسطس القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ وهو القانون المنظم للقضاء فى مصر وبين فى المادتين ١٣ ، و١٤ ما يعتبر من الأحوال الشخصية ووفقا لنص المادة ١٣ منه يعتبر من الأحوال الشخصية ما يأتى

١ — المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم .

٢ — المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والطلاق والتطليق والتفريق .

٣ — المسائل المتعلقة بالبنوة والإقرار بالإبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع .

٤ — الالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار .

٥ — تصحيح النسب والتبنى .

٦ — الولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبية واعتبار المفقود ميتاً .

٧— المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

ووفقا للمادة (١٤) تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك ، أما بالنسبة للمصريين فالهبة من المسائل المالية .

واعتبار الأمور المتعلقة بحالة الشخص الطبيعية أو العائلية ككون الإنسان ذكراً أو أنثى تام الأهلية أو ناقصها أو زوجاً أو مطلقاً وما إلى ذلك من مسائل الأحوال الشخصية واضح لا يحتاج إلى بيان ، ومثلها فى ذلك الميراث ، لأن كون الإنسان وارثا أو محجوبا من الميراث أو محروما منه من الحالات والصفات الشخصية للإنسان.

أما الأمور المتعلقة بالمال كالمهر بالنسبة للمسلمين والدوطة بالنسبة لغيرهم والنفقة الواجبة للزوجة والأقارب فهى بحسب الأصل من الأحوال العينية ولكنها اعتبرت من الأحوال الشخصية نظراً لاتصالها الوثيق بالأحكام الدينية للزواج الذى الذى هو عقد يتعلق بذات الانسان وشخصه .

وأما الوقف والوصية فلا يظهر فيهما كثيراً معنى الأحوال الشخصية لكنهما ألحقا بها من حيث إن الوصية أخت الميراث إذ هى تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فألحقت به ، والوقف عقد تبرع كالوصية فتبعها فى اللحاق بقسم الأحوال الشخصية .

وقد كانت الهبة فى أول الأمر معتبرة من مسائل الأحوال الشخصية من حيث إنها من عقود التبرعات كالوقف والوصية ولكن عدل عن ذلك فى قانون تنظيم القضاء الصادر فى سنة ١٩٤٩ واعتبرت من العقود المدنية المحضة بالنسبة للمصريين وقد نظمت فى القانون المدنى تنظيماً كاملا فى المواد (من ٤٦٨ — ٥٠٤)

وفى رأينا أن المشرع قد حالفه الصواب فى هذا العمل لأن الهبة لا يظهر فيها معنى الأحوال الشخصية لتعلقها بالمال أولا وآخرا فلم يكن هناك وجه لاستثنائها من الأحوال العينية وإلحاقها بقسم الأحوال الشخصية .

أهمية تحديد مسائل الأحوال الشخصية :

قد رأينا فيما سبق أن تحديد مدلول الأحوال الشخصية وتمييز مسائلها عن المسائل المدنية الأخرى كانت له أهمية كبيرة حين كان لتلك المسائل جهات قضائية خاصة وذلك من ناحية تعيين المحكمة المختصة بالنظر فى الدعاوى التى تقدم إليها ، أما بعد توحيد القضاء وإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية فإن أهمية هذا التحديد لا ترجع إلى تعين المحكمة المختصة وإنما ترجع إلى تعيين

الدائرة المختصة بالنظر فى الدعوى وتعيين القانون الواجب التطبيق، ذلك أن القانون الذى ألغى المحاكم الشرعية والمجالس الملية أبقى المسائل التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية خاضعة لأحكام الفقه الإسلامى التى كانت تطبقها المحاكم الشرعية قبل إلغائها ، وأبقى المسائل التى كانت من اختصاص المجالس الملية خاضعة لأحكام الشرائع المختلفة التى كانت تطبقها هذه المجالس قبل إلغائها ،ولم يجعل تلك المسائل خاضعة للأحكام المدنية التى تطبقها المحاكم الوطنية وإذا لابد من تحديد مسائل الأحوال الشخصية وتمييزها عن غيرها من المسائل المدنية الأخرى حتى يمكن معرفة الدائرة التى تعرض عليها الدعوى والقانون الواجب التطبيق عليها أهو الشريعة الإسلامية ؟ أو الشرائع الملية أو القانون المدنى ؟

القِسْمُ الأوّلُ

الزواج وآثاره

الباب الأول
فى الزواج والخطبة
الفصل الأول
الزواج

الزواج عقد يتعلق بذات الإنسان ، وعليه تتوقف سعادته أو شقاؤه ، وهو عقد تتكون به الأسر ، وتنشأ به الأجيال المستقبلة ، وتترتب عليه حقوق وواجبات لكل من طرفيه وتنشأ عنه تبعات لما يكون بين الزوجين من نسل وما يتصل بهما بقرابة أو مصاهرة .

وإن عقداً له هذه المكانة العظمى فى بناء النظام الاجتماعى لايمكن لشريعة أن تتركه للهو والعبث به بل لابد أن تحوطه بما يمحضه للمصلحة المترتبة عليه والأغراض المقصودة منه فضلا عن الشريعة الإسلامية ذات المبادىء السامية فيما شرعته لنظام الاجتماع .

ولهذا وجدنا المشرع الحكيم تولى رعاية هذا العقد — على خلاف المعروف عنه فى سائر العقود الأخرى — من حين التفكير فيه إلى إتمامه ، ثم حاطه بعنايته من حين قيامه إلى انتهائه بالموت أو بغيره ، ولم يتركه للناس يقيمون قواعده وأصوله ، ويضعون نظمه وأحكامه بل تولاه سبحانه من فضله فوضع أصوله وقواعده ونظم أحكامه وشرائعه ليكتسب بهذه الرعاية قدسية وحماية ويشعر الزوجان أنهما يرتبطان برباط مقدس يظله الدين فى كل خطوة من خطواته فيقيمان أحكامه عن رضا واختيار وطيب نفس وارتياح بال ، وأمارة هذه الرعاية السامية من المولى جل شأنه للزواج ومظاهر عنايته به أنه سبحانه :

١ — جعل الزواج من آياته وعده من نعمه على عباده ، وامتن عليهم بخلق الزوجات من جنس الأزواج ليسكن الزوج إليها ولتقوم بينهما المودة والرحمة فقال عز من قائل : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » (١) ، « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة » (٢) ، « فاطر السموات والأرض جعل لكم من أنفسكم أزواجا » (٣) .

بين سبحانه فى هذه الآيات الكريمة الصلة التى تربط الزوجين ومدى قوتها بأن المرأة جزء من الرجل وقطعة منه ، يجد لديها راحته الحقة وسعادته بما توفره له من ضروب الهناء والأنس .

٢ — طالب الزوج عند اختيار زوجته أن يحسن الاختيار ، وألا يجعل همه الاقتران بامرأة ذات جمال وفتنة أو ذات ثراء أو من بيئة لها جاه دنيوى رفيع من غير مبالاة بما تكون عليه من دين وخلق ، فإن ذلك شىء قلما تصلح معه حياة الزوجية ويستقيم أمرها ، فمن ذلك ماروته عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء » (٤) وما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك » (٥) وقوله صلى الله عليه وسلم « لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين ولأمة سوداء ذات دين أفضل » .

---

(١) آية : ٢١ من سورة الروم (٢) آية ٧٢ من سورة النحل (٣) آية ١١ من سورة الشورى (٤) المقاصد الحسنة للحافظ السخاوى ص١٥٥ (٥) منتقى الاخبار مع شرح نيل الاوطار ج ٦ ص ٩٩ .

٣ — بين المحرمات من النساء ومن يحل التزوج بهن ومن لا يحل فى قوله سبحانه « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا . حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيما ، والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ماوراء ذلكم (١) » .

ففى هذه الآيات الكريمة بين لنا سبحانه أنواع المحرمات من النساء لعلة ثابتة أو عارضة تنافى ما فى الزواج من الحكمة فى صلة البشر بعضهم ببعض على ماسيأتى فى موضعه من هذا الكتاب .

٤ — أوجب فى عقد الزواج مهراً يدفعه الزوج إلى زوجته ، وجعله أمراً لازماً لا تخيير فيه كما لا يتخير المشترى والمستأجر ليكون آية من آيات المحبة وصلة القربى وتوثيق عرى المودة والرحمة وذلك فى قوله سبحانه وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شىء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » (٢) .

وحرم على الرجل أن يأخذ شيئاً من هذا المهر عند رغبته فى انفصام عرى الزوجية بقوله جل شأنه « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً (٣) » .

(١) آيتا : ٢٢ ، ٢٣ من سورة النساء .

(٢) آية : ٤ من سورة النساء

(٣) آيتا ٢٠ ، ٢١ من سورة النساء .

٥ — أباح تعدد الزوجات للرجل لمصالح هامة وأغراض سامية وحدد العدد بأربع زوجات ووضع قيودا للتعدد تتحقق بمراعاتها المصالح والأغراض التى أبيح لأجلها فى قوله تعالى « فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا» (١) .

٦ — طالب كلا من الزوجين بحسن العشرة وأمر بالصبر والأناة عند البغض والكراهة عسى الله أن يحول القلوب فقال سبحانه « وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً »(٢) .

٧ — بين حقوق كل من الزوجين وواجباته فى المعاشرة الزوجية ليعرف كل منهما ماله من حقوق وما عليه من واجبات ، ويأمن كل منهما عدوان الآخر فتسود بينهما المودة والرحمة ، وتثمر الحياة الزوجية ثمارها المطلوبة من الزواج شرعاً فقال جل شأنه « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » .

٨ — عالج مايحدث من خلاف بين الزوجين بضروب من العلاج حتى تستقيم الحياة الزوجية على صراط مستقيم فى قوله سبحانه « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان علياً كبيراً ، وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً » .

٩ — شرع وسيلة للخلاص من الزوجية إذا استحال التوفيق بين الزوجين،

---

(١) آية : ٣ من سورة النساء .
(٢) آية : ١٩ من سورة النساء .
(٣) آيتا : ٣٤ ، ٣٥ من سورة النساء .

وأصبحت الحياة الزوجية لاخير فى بقائها فى قوله سبحانه « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله ، وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون » (١) .

وقد حدد سبحانه فى هذه الآيات الكريمة مايملكه الزوج من الطلقات بثلاث وبذلك قضى على الظلم الذى كانت تعانيه المرأة فى عصور الجاهلية إذ كان للرجل الحق فى أن يطلق زوجته ماشاء من الطلاق من غير حصر فى عدد معين وفى ذلك مافيه من الإيذاء لها والإضرار بحياتها .

١٠ — نظم سبحانه الآثار المترتبة على الانفصال بين الزوجين بأى سبب كان ففرض مدة تتربصها المرأة بعد الفرقة لحكم سامية فقال سبحانه «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء(٢)» « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن(٣) « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا »(٤) « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم

---

(١) آيتا : ٢٢٩ ، ٢٣٠ من سورة البقرة .

(٢) آية : ٢٢٨ من سورة البقرة .

(٣) آية ٤ من سورة الطلاق .

(٤) آية : ٢٣٤ من سورة البقره .

يحضن » (١) وجعل لـكل من الزوجين الحق فى الميراث من الآخر إذا انتهت الحياة الزوجية بالموت بقوله سبحانه « ولـكم نصف ماترك أزواجـكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلـكم الربع ممـا تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لـكم ولد فإن كان لـكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين » (٢) .

وفى هذا التشريع الحـكيم إعلام للزوجين بأن الصلة بينهما صلة قوية لا تقتصر على حالة قيام الزواج بل تمتد إلى ما بعد الموت .

ومن هذا البيان الموجز تستطيع أن تأخذ فـكرة عامة عن مقدار عناية الشريعة الإسلامية بالزواج واهتمامها بشأنه ورعايتها له فى جميع أطواره ، وتفهم منه أن الحياة الزوجية التى تقوم على هذه الأسس الصحيحة هى الحياة الـكاملة التى تليق بالإنسان الـكامل فى أرقى أطواره وأحواله ، وأن النوع الإنسانى لا يمكن أن يبقى كاملا إلا إذا قامت جماعاته على هذا الأساس الصحيح الذى يقوم على قانون الاختصاص الذى هو سر نجاح الأعمال .

أما الشيوع والإباحة المطلقة التى لا تختص المرأة فيها برجل واحد فإنها تؤدى إلى الانحلال والتحلل من قيود الفضيلة إذ يكون هم الرجل هو قضاء شهوته وإشباع رغبته ، وقد يتزاحم عدد من الرجال على امرأة واحدة فيفضى هذا التزاحم إلى التباغض والتشاحن والتقاتل ، وبالإباحة لا يكون للأولاد آباء معروفون يعنون بتربيتهم ويتـكفلون برعايتهم والمحافظة عليهم ، فإذا قامت الدولة بتربيتهم — كما يقال — ترتب على ذلك من الأضرار ما يأتى :

١ ـ حرمان الصغير من عاطفة الأبوة وحنان الأمومة وإذا حرم الصغير من

---

(١) آية ٤ من سورة الطلاق (٢) آية : ١٢ من سورة النساء .

ذلك نشأ فظا غليظ القلب ، وبهذا تحرم الجماعة أهم عنصر من عناصر سعادتها ألا وهو عاطفة الرحمة والشفقة .

٢ — فقدان تنافس الأسر فى تربية أولادها الذى يعد من أكبر العوامل فى ترقية الشعوب والجماعات ، لأن كل والد يريد لولده الرقى والتقدم فى الحياة ويعنى بذلك عناية كبيرة كما يعنى بملكه الخاص .

٣ — جعل الشخص لايبالى بما يرتكب من جرائم ورذائل لأنه لايخشى عاراً ولا يخاف لوما ، لكن انتسابه إلى أسرة معينة يجعله يحرص على سمعتها وكرامتها إن كانت لها سمعة وكرامة ، وكم من الناس حال انتماؤهم إلى أسرهم دون الوقوع فى الجرائم وارتكاب الموبقات .

وعلى الجملة فالزواج مظهر من مظاهر الرقى الانسانى وهو راحة النفس الفاضلة ومستقرها وأمنها وسكنها وهو تكليفات اجتماعية فمن أحجم عنه فقد فر من الواجبات الاجتماعية ونزل إلى أدنى دركات الحيوان .

ولهذا حث الدين عليه ورغب فيه ، فقال صلى الله عليه وسلم « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة (١) فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » (٢) وروى عنه صلى الله عليه وسلم

(١) الباءة المراد بها مئونة الزواج وتكاليفه من مهر ونفقة .

(٢) الوجاء مأخوذ من وجأ بمعنى قطع ، يقال وجأ فلان الشىء إذا قطعه ، والمعنى أن الصوم قاطع لثوران الشهوة وقاطع للنفس عن النساء ، لأن الصوم يقوى الناحية الروحية فى الإنسان ويتغلب على الناحية البهيمية فينجو من مطالبها ورغباتها .

أنه قال « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة ، إذا نظر إليها سرته وإذا غاب عنها حفظته ، وغير ذلك كثير .

ولا يوجد شيء أضر بالأمم وأدعى إلى فنائها وانتشار الفسق والفجور فيها من أعراض الشبان عن الزواج ، لذلك تعمل كل أمة ناهضة حريصة على مصلحتها على الترغيب فى الزواج والحث عليه بمختلف السبل .

وإذا وجد أن الزواج بين بعض الأزواج مصدر للخصومات والشقاء وتبادل الكيد والإضرار فليس منشأ هذا أن الزواج نظام غير صالح ، وإنما منشئوه أن هؤلاء الأزواج أساؤا استعمال هذا النظام ، ولم يسيروا على سنن الدين ، ولم يقفوا عند حدوده فكانت زوجيتهم مصدر شقائهم ، وكذلك كل قانون عادل أو نظام صالح إذا أسيء تطبيقه أنتج نقيض ماشرع لأجله ، ولو أن الحياة الزوجية قامت على أساس ماشرعه الله من حسن اختيار الزوجة المناسبة الصالحة وحسن المعاشرة وقيام كل واحد من الزوجين بواجبه ما كانت مصدر نزاع أو شقاء بل مصدر خير ونعمة وسعادة وهناء .

التعريف بالزواج

الزواج فى اللغة : اقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما أى صيرورتهما زوجاً بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر . يقال : زوج الشيء بالشيء بمعنى قرنه به ، ومن ذلك قول الله تعالى « وإذا النفوس زوجت » (١) أى قرنت الأرواح بأبدانها وأحيا الله النـاس للحساب والجـزاء ، أو قرنت كل نفس بكتابها أو بعملها أو قرن كل إنسان بشكله ، وقوله سبحانه « وزوجناهم بحور

(١) آية : ٧ من سورة التكوير .

عين » [١] أى وقرناهم بهن ، ثم شاع استعمال هذه الكلمة فى اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار بحيث إذا أطلق الزواج لا يقصد منه إلا هذا المعنى .

أما فى اصطلاح الفقهاء فقد عرفه المؤلفون القدامى والمحدثون بتعريفات كثيرة تختلف فى عبارتها ولكنها ترجع فى جملتها إلى معنى واحد نختار من مجموعها هذا التعريف وهو :

الزواج عقد وضعه الشارع ليفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع .

فإذا كان العقد لا يفيد حل استمتاع أحدهما بالآخر لتعلق حق الغير بالمرأة كأن تكون زوجاً لآخر أو معتدة له كان باطلا ولا يسمى عقداً .

ويلاحظ أن حل الاستمتاع الذى وضع العقد لإفادته هو بالنسبة للرجل مقصور عليه وخاص به لا يحل لأحد غيره لا بعقد ولا بغير عقد مادام حكم العقد الأول باقياً ، فلا يحل للمرأة المتزوجة أو التى فى حكم المتزوجة وهى التى تكون فى عدة من زواج سابق أن تقترن بزوج آخر ، أما بالنسبة للمرأة فليس الرجل مقصوراً عليها ولا خاصاً بها بحيث لا يحل لغيرها من النساء ، لأن للرجل أن يستمتع بغيرها من الزوجات حيث أباح الشارع له أن يجمع فى عصمته أربعاً من النساء ، ولم يبح تعدد الأزواج للمرأة لاعتبارات اجتماعية نبينها فى الكلام عن تعدد الزوجات .

---

(١) آية : ٢٤ من سورة الدخان وآية : ٢٠ من سورة الطور . والحور جمع حوراء وهى التى يحار فيها النظر لفرط حسنها وجمال بياضها وصفاء لونها مأخوذ من الحور وهو البياض ، والعين جمع عيناء ، وهى واسعة العينين .

ومن هذا يتبين أن عقد الزواج ليس أثره ملك الزوجة ذاتها ولا ملك منفعتها وإنما أثره حل استمتاع كل من الزوج والزوجة بالآخر على الوجه المشروع وهو ماتدعو إليه الفطرة السليمة ، وأن الاستمتاع بالزوجة مقصور على زوجها بخلاف الاستمتاع بالزوج فإنه ليس مقصوراً عليها (١) .

صفة الزواج :

المراد بالصفة ما يعترى عقد الزواج من الأحكام الشرعية كالوجوب والحرمة وغيرها من الأحكام . والزواج ليس له حكم واحد ينطبق عليه فى جميع الحالات بل يختلف حكمه باختلاف الناس وما يكون عليه حالهم من حيث قدرتهم على مطالب الزواج المالية واستعدادهم للقيام بالحقوق الزوجية وعدم استعدادهم لذلك ، فتارة يكون فرضاً أو واجباً وتارة يكون حراماً أو مكروها وتارة يكون مندوبا أو مباحا على حسب الخلاف فى ذلك .

١ — فيكون فرضاً إذا كان الشخص فى حالة يتيقن فيها الوقوع فى الزنا إن لم يتزوج وكان قادراً على المهر والنفقة وحقوق الزواج الشرعية ولا يستطيع الاحتراز عن الوقوع فى الزنا بالصوم ونحوه ، وإنما كان الزواج فرضا فى هذه الحالة لأن الشخص يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام . ولايتوصل إلى ذلك إلا بالزواج ، والقاعدة الشرعية أن مالا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً ، فإذا لم يتزوج كان آثما ومرتكباً لمحرم .

٢ — ويكون الزواج واجباً إذا كان المرء فى حالة يخاف فيها الوقوع فى الزنا إن لم يتزوج ، وكان قادراً على المهر والنفقة ، ولايخاف من نفسه ظلم المرأة

(١) أحكام الأحوال الشخصية لفضيلة الاستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج ص١٤٠

ولا التقصير فى حقها ، فإذا لم يتزوج كان آثماً ومستحقاً للعقاب ولكنه عقاب أقل من العقاب المترتب على ترك الزواج فى الحالة الأولى .

٣ — ويكون حراماً إذا كان الشخص فى حالة يتيقن فيها عدم القيام بأمور الزوجية والإضرار بالمرأة إذا هو تزوج بأن كان غير قادر على تكاليف الزواج الشرعية أو يقع فى الجور والظلم إن تزوج ، وإنما كان الزواج حراماً فى هذه الحالة لأنه يكون طريقاً لارتكاب المحرم وكل مايكون وسيلة للحرام يكون حراماً.

وإذا تعارض مايجعل الزواج فرضا ومايجعله حراماً كما إذا كان هناك شخص يتيقن أنه سيقع فى جريمة الزنا إن لم يتزوج ، ويتيقن أيضاً أنه سيجور فى معاملة زوجته ويضرها إن تزوج فالحكم فى هذه الحالة أنه لا يحل الإقدام على الزواج حتى لا يقع فى الجور والظلم وهو معصية لا يقتصر ضررها على الشخص وحده بل يتعداه إلى غيره وهو الزوجة ، ويجب على هذا الشخص أن يحارب نفسه ويقاوم شهواته ويعمل لإضعافها والحد منها بالصوم وغيره حتى لايقع فى جريمة الزنا إن لم يتزوج ، وأن يهذب نفسه ويقوم أخلاقه حتى لا يظلم زوجته ولا يضرها إن تزوج ، يرشدنا إلى ذلك قول الله عز وجل « وليستعفف الذين لايجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله »(١) . فإنه سبحانه أمر من تعذر عليه الزواج بأى وجه كان أن يجتهد فى إعفاف نفسه وقمع شهواته ، حتى ييسر الله له السبيل إلى الزواج ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » أى وقاية ، فقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم

---

(١) آية ٣٣ من سورة النور

فى هذا الحديث أن طريق العلاج فى هذه الحالة هو الصوم ، لأن الصوم بروحانيته يعصم النفس عن شهواتها متى أدى على الوجه الذى طلبه الله تعالى .

٤ — ويكون الزواج مكروهاً إذا خاف الشخص الوقوع فى الجوروالضرر إن تزوج لعجزه عن الإنفاق أو إساءة العشرة أو فتور رغبته فى النساء وضعفه عن قربهن فإذا خاف الوقوع فى شىء من ذلك كان الزواج مكروهاً فى هذه الحالة ، إما كراهة تحريم أو كراهة تنزيه على حسب مايشعر به فى نفسه .

٥ — ويكون سنة أو مندوباً فى حالة الاعتدال ، وهى أن يكون الشخص معتدل الطبيعة بحيث لا يخشى الوقوع فى الزنا إن لم يتزوج ، ولايخشى أن يظلم زوجته إن تزوج ، وحالة الاعتدال هى الحالة الغالبة على أكثر الناس ، وإنما كان الزواج سنة فى هذه الحالة لما يأتى :

١ — ماروى عن أنس رضى الله عنه أن نفراً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءوا إلى بيوت أزواج النبى صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادته عليه الصلاة والسلام فلما أخبروا عنها كأنهم تقالوها « يعنى اعتبروها قليلة » فقالوا : وأين نحن من النبى صلى الله عليه وسلم ، قد غفر الله له ماتقدم من ذنبه وماتأخر ، فقال أحدهم : أما أنا فإنى أصلى الليل أبداً ، وقال آخر : أنا أصوم الدهر ولا أفطر ، وقال آخر : أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبداً فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأخبر بما قالوا قال لهم : أنتم الذين قلتم كذا وكذا أما والله إنى لأخشاكم لله وأتقاكم له لكنى أصوم وأفطر وأصلى وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى ، فقد بين الرسول فى هذا الحديث فضل الزواج على الاشتغال بنوافل الطاعات ، ورد على من أراد من أمته تركه والتفرغ للعبادة رداً بليغاً بقوله « فمن رغب عن سنتى فليس منى » فدل ذلك على ندب الزواج واستحبابه .

٣ — أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج وداوم عليه وكذلك أكثر أصحابه تزوجوا وداوموا عليه ، ولو كان الزواج غير مطلوب لما اختار عليه الصلاة والسلام هو وأكثر أصحابه المداومة عليه .

والحكم بسنية الزواج وندبه فى حالة الاعتدال هو مذهب الجمهور من الفقهاء وقال الشافعية : إن الزواج فى هذه الحالة مباح يجوز فعله وتركه وأن التفرغ للعبادة أفضل من الزواج .

وقال داود الظاهرى وأتباعه : إن الزواج فى هـذه الحالة فرض متى كان الإنسان قادرا عليه وعلى شئونه .

وقد استدل الشافعية على مذهبهم بما يأتى :

١ — أن الله تعالى مدح يحى عليه السلام بقوله : « وسيداً وحصوراً ونبيـاً من الصالحين » (١) ومن بين الأوصاف التى مدحه بها أنه حصور ، والحصور هو الذى لا يأتى النساء مع القدرة على ذلك ، ولو كان الزواج أفضل لما مدح الله يحى عليه السلام بتركه (٢) .

٢ — أن الزواج من جنس الأعمال الدنيوية كالبيع ونحوه ولذلك يصح من المسلم وغير المسلم والبر والفاجر ، والمقصود به قضاء الشهوة ، وهو مما يميل إليه الطبع فيكون من يقدم عليه عاملا لنفسه ، ومن يقوم بالعبادة عاملا لله تعالى ، والعمل لله تعالى أفضل من العمل للنفس .

واستدل داود وأتباعه بما يأتى :

أولا : بظواهر النصوص الشرعية الواردة فى الزواج بصيغة الأمر كقوله

---

(١) آية : ٣٩ من سورة آل عمران .

(٢) المغنى والشرح الكبير جـ ٧ ص ٢٣٥ .

تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء[١] » « وانكحوا الأيامى منكم » [٢] وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من استطاع منكم الباءة فليتزوج » والأصل فى صيغة الأمر أنها تفيد وجوب المأمور به فيكون الزواج واجبا وليس مندوبا ولا مباحا .

وثانيا : بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعكاف بن وداعة الهلالى : ألك زوجة يا عكاف ؟ قال لا . قال : ولا جارية ؟ قال لا ، قال : وأنت صحيح موسر ؟ قال نعم والحمد لله . قال فأنت إذن من إخوان الشياطين . إما أن تكون من رهبان النصارى فأنت منهم ، وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع ، وإن من سنتنا النكاح ، شراركم عزابكم ، وأراذل موتاكم عزابكم ، ويحك يا عكاف تزوج . فقال عكاف : يارسول الله إنى لا أتزوج حتى تزوجنى من شئت ، فقال رسول الله : فقد زوجتك على اسم الله والبركة كريمة بنت كلثوم الحميرى [٣] .

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم وسلامة حجتهم وضعف ما تمسك به المخالفون لهم من الشافعية والظاهرية .

أما الشافعية فإنه يلاحظ على دليلهم الأول أنه وارد فى شأن يحيى عليه السلام، وقد كان التفرغ للعبادة أفضل من الزواج فى شريعته ، أما فى شريعتنا فالأمر على خلاف ذلك ، كما يدل على هذا ما كان عليه الرسول صلى الله عليه وسلم وحال صحابته مدة حياتهم من المداومة على الزواج ، ومن المستحيل أن يقر الله نبيه على ترك الأفضل مدة حياته .

---

(١) آية : ٣ من سورة النساء . (٢) آية ٣٢ من سورة النور .

(٣) فتح القدير للكمال بن الهمام ج٢ص ٣٤٣ وزاد المسلم للحافظ الحجة حبيب الله الشنقيطى ج ٢ص ٢٢٥ .

ويلاحظ على دليلهم الثانى أنه اعتبر الزواج من قبيل الأمور المباحة مثل البيع والأكل والشرب وهو غير صحيح ، لأن الزواج من قبيل العبادة لما يشتمل عليه من المصالح الكثيرة التى منها تحصين النفس وإيجاد النسل ، وهى مصالح ترجح كل واحدة منها على جميع المصالح التى تترتب على العبادة النافلة ، وإذا كان الزواج كذلك فلا يصح أن يقاس على غيره من المباحات ويعطى حكمها .

وأما الظاهرية فيلاحظ على دليلهم الأول أن حملهم الأمر بالزواج الوارد فى النصوص الشرعية على الوجوب غير صحيح ، لأن دلالة الأمر على الوجوب إنما تكون عند فقدان الدليل الذى يصرفه عن إفادة الوجوب إلى إفادة الندب والاستحباب ، وهنا قد وجد الدليل الذى يصرفه عن إفادة الوجوب إلى إفادة الندب والاستحباب ، وهو أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يحتم فعل الزواج على كل واحد من الناس ، ولم يلزم به كل فرد الإلزام المعهود فى الفرائض والواجبات من الصيام والصلاة والزكاة ونحوها ، وهذا أمارة السنية لا الفرضية .

ويلاحظ على دليلهم الثانى أنه أوجب الزواج على شخص معين وهو عكاف، وإيجاب الزواج على شخص معين لا يستلزم إيجابه على الناس جميعاً لاحتمال أن يكون سبب وجوب الزواج قد وجد فى حقه ، فيكون الزواج واجباً بالنسبة له دون غيره من الناس الذين لم يتحقق سبب الوجوب فى حقهم .

الفصل الثانى

الخطبـــة

معنى الخطبة :

جرت عادة الناس دائماً أن يقدموا على عقد الزواج أموراً تمهـد له كما هو الشأن فى كل العقود التى لها أهمية فى حياة الإنسان العملية ، فمن هذه الأمور الخطبة ، وهى إظهار الرغبة فى الزواج بامرأة معينة والإفضاء بهذه الرغبة إلى المرأة أو من يمثلها فإذا أجيبت هذه الرغبة من جانب المرأة أو من يماثلها تمت الخطبة بينهما ، فهى درجة متوسطة بين التفـكيرفى الزواج وإبرام العقد ، وهى أول عمل شرعى تتوج به المباحث الأولى التى تسبق هذا العقد .

والغرض منها أن يعلم كل من الطرفين صاحبه الذى سيرتبط معه برباط مفروض فيه أنه أبدى حتى إذا تم الرضا بينهما ، وحاز كل منهما القبول عند الآخر أمكنهما أن يقدما على العقد وهما مطمئنان إلى أن السعادة ستظلل حياتهما الزوجية .

أنواع الخطبة :

والخطبة تاره تـكون بلفظ صريح فى الدلالة على طلب الزواج بالمرأة وإظهار الرغبة فى ذلك ، كأن يقول الرجل لمن يرغب فى الزواج بها : أريد أن أتزوجك ، وتارة تـكون بطريق التعريض ، وذلك بأن يذكر الخاطب كلاماً يحتمل الخطبة وغيرها ولـكن يفهم من عرضه وجانبه بدلالة الأحوال والقرائن قصـد الخطبة كأن يقول لمن يريد التزوج بها : إنك مهذبة ، أو إنك على جانب

كبير من الخلق الكريم ، أو عزمت على الزواج ، أو وددت لو يسرت لى زوجة تناسبنى ، وما أشبه ذلك من العبارات التى يفهم قصد الخطبة من عرضها وجانبها بدلالة القرائن والأحوال .

من تباح خطبتها :

الخطبة ـ كما عرفنا ـ ليست مقصودة لذاتها وإنما هى مقدمة للزواج ووسيلة إليه ، وعلى هذا يكون حكمها تابعاً لحكمه فإذا كان الزواج بالمرأة ممنوعاً شرعا كانت خطبتها ممنوعة كذلك ، وإذا كان الزواج بها مباحا شرعا كانت خطبتها مباحة كذلك ، ولهذا اشترط الفقهاء لإباحة خطبة المرأة أمرين :

أحدهما : ألا يكون هناك مانع شرعى يمنع من الزواج بها فى الحال . فإن وجد مانع من الموانع الشرعية كانت الخطبة حراماً ، وعلى ذلك لايحل الرجل أن يخطب امرأة يحرم عليه الزواج بها تحريما مؤبداً كأخته وعمته وخالته أو مؤقتاً كأخت زوجته ومن تكون زوجة لرجل آخر . لأن الخطبة وسيلة للزواج ، ومتى كان الزواج حراماً كانت الوسيلة إليه حراماً كذلك .

هذا إلى ما فى خطبة زوجة الغير من بذر بذور الفساد وإثارة الشحناء وإفساد الحياه الزوجية القائمة وهو مما لاتجيزه الشريعة الإسلامية .

وكما لايحل للرجل أن يخطب زوجة غيره كذلك لايحل له أن يخطب المعتدة لغيره سواء كان سبب العدة الموت أو الطلاق وسواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً .

لأن المرأة فى أثناء العدة لاتزال بعض الروابط الزوجية قائمة بينها وبين من تعتد منه . ذلك أن للزوج حق مراجعتها إن كان الطلاق رجعياً ، والعقد عليها إن كان الطلاق بائناً بينونة صغرى ، فهو أحق بها من أى شخص آخر ، ثم إن

الطلاق قد يصدر من الرجل من غير تبصر ولا روية ، فإذا هدأت ثائرة نفسه وأدرك العاقبة أمكنه أن يصلح خطأه فيعود إلى من تعود عشرتها وعرف طباعها فلو أبيح لغيره أن يخطبها لكان فى هذا تعد على حقوقه وقطع لطريق العودة إلى زوجته فيثير ذلك فى نفسه الغيرة والحمية ، ويكون مالا تحمد عقباه ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن فى إباحة خطبة المعتدة تحريضاً لها على الإقرار بانقضاء العدة قبل انقضائها فى الواقع متى تهيأ لها ذلك لئلا يفوتها الزواج بهذا الخاطب ولذلك نهى الشارع عن خطبة المعتدة من غير تفرقة بين أن تكون الخطبة بطريق التصريح أو التعريض .

وقد استثنى الفقهاء جميعاً من ذلك حالة واحدة وهى ما إذا كانت المرأة معتدة لوفاة زوجها فأباحوا خطبتها بطريق التعريض لاالتصريح، وإن لم يصح العقد عليها قبل انتهاء العدة، مستندين فى ذلك إلى قول الله تعالى « ولاجناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أوأكننتم فى أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ، ولكن لاتواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولا معروفا (١) » .

فإن المراد بالنساء فى هذه الآية الكريمة المعتدات للوفاة ، لأن الكلام فى شأنهن بدليل الآية التى قبلها وهى قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » .

والسر فى إباحة خطبة المعتدة من وفاة بطريق التعريض مع تحريم ذلك بالنسبة

---

(١) آية ٢٣٥ من سورة البقرة . والسر فى الأصل ضد الجهر ، ويطلق على الاتصال الجنسى مجازاً لأنه لايكون إلا سراً ، ويطلق أيضاً على العقد لأنه سبب الاتصال الجنسى وهو المراد فى الآية والمعنى على هذا : لايقل الرجل للمرأة تزوجينى، ولكن يعرض لها به تعريضا من غير إفصاح .

للمعتدة من طلاق أن الزوجية التي كانت بينها وبين زوجها قد انتهت بالوفاة بحيث لا يتصور عودها مرة أخرى فلا يكون في خطبتها اعتداء على حق الزوج ولا إضرار به .

وأيضاً فإن المتوفى عنها زوجها تنتهي عدتها بوضع الحمل إن كانت حاملا وبمضي أربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملا ، وذلك أمر لا يخفى على أحد، فلا سبيل إلى الكذب في إقرارها بانقضاء العدة ، وهذا بخلاف المعتدة عن طلاق فإنها تعتد بالحيض غالباً . فإذا رغبت في الزواج بمن خطبها ربما حملها ذلك على الكذب فتعلن أن عدتها قد انتهت ، وهي لم تنته بعد . ومن المقرر أن القول في انقضاء العدة بالحيض هو قول المرأة ، وليس لأحد سبيل إلى تكذيبها ما دامت المدة بين طلاقها وإقرارها بانقضاء العدة تحتمل ذلك ، فلهذا لم تبح خطبتها وهي في العدة لا تصريحاً ولا تعريضاً .

والسر في تحريم خطبة المعتدة من وفاة بطريق التصريح مراعاة حالتها من الحزن والحداد على وفاة زوجها ، ومرعاة جانب أقارب الزوج المتوفى حتى لا يتأذوا بخطبة زوجة قريبهم التي لا تزال في العدة بطريق التصريح .

واستثنى المالكية والشافعية والحنابلة كذلك المعتدة من طلاق بائن فأباحوا خطبتها بطريق التعريض لا التصريح قياساً لها على المتوفى عنها زوجها لانقطاع رباط الزوجية في كل من الحالتين .

أما الحنفية فلا يحل عندهم خطبة المعتدة من طلاق بائن بطريق التعريض كما لا يحل خطبتها بطريق التصريح ، سواء كان الطلاق بائناً بينونة صغرى وهو الذي يستطيع فيه المطلق أن يعيد إليه امرأته بعقد جديد أم بائنا بينونة

كبرى ، وهو الذى لايستطيع فيه المطلق أن يعيد إليه امرأته إلا إذا تزوجت بزوج آخر ، وهذا فى رأينا هو المذهب الراجح ، لأن النص الوارد فى إباحة الخطبة بطريق التعريض مقصور على المعتدة من وفاة فيبقى ماعداها على أصل المنع ، ولأن فى إباحة خطبة المعتدة من الطلاق البائن ولو بطريق التعريض إثارة للشحناء والعدواة بين الخاطب وبين المطلق، وفى ذلك من الفساد مالا يخفى كما أن فيها تحريضاً للمرأة على الإقرار بانقضاء العدة قبل انقضائها لئلا يفوتها الزواج بهذا الخاطب .

ثانيهما : ألا تكون المرأة مخطوبة لغير الخاطب ، فإن كانت مخطوبة لغيره فلا يحل له خطبتها مادامت خطبة غيره قائمة ، لورود النهى عن ذلك فى كثير من الأحاديث منها قول النبى عليه الصلاة والسلام « لايخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن » وقوله « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب (١) على خطبة أخيه حتى يذر « أى يترك » ولأن فى خطبة المخطوبة للغير إيذاء لهذا الغير واعتداء عليه ، والله لايحب المعتدين .

وهذا يدل على أن خطبة المرأة التى سبق الغير إلى خطبتها محرمة لايجوز الإقدام عليها مادامت خطبة الأول قائمة ، فإذا عدل الخاطب والمخطوبة عن هذه الخطبة أوعدل أحدهما عنها حل لمن يريد التزوج بهذا المرأة أن يتقدم لخطبتها

ولا يخفى أن هذا التحريم لا يتحقق إلا إذا كانت المخطوبة قد أجابت رغبة الخاطب ورضيت به أما إذا سكتت ولم تجب رغبته ولم ترد خطبته بل أرجأت ذلك إلى

---

(١) منتقى الاخبار مع شرحه نيل الاوطار ج ٦ ص ٩١

بالمرأة أو لم يدخل ، لأن الزواج منهى عنه لابتنائه على خطبة محرمة والمنهى عنه باطل حتى ولو كان النهى متوجهاً إلى أمر خارج عن حقيقته (١) .

وفى هذا القول نظر ، لأن النهى إذا كان متوجهاً إلى أمر خارج عن ذات الشيء وحقيقته لايقتضى بطلان المنهى عنه على القول الصحيح كما هو مبين فى موضعه من علم أصول الفقه (٢) .

التعرف على المخطوبة :

وينبغى لمن يريد التزوج بامرأة أن يتعرف أحوالها وأخلاقها وصفاتها قبل الإقدام على الزواج وإتمامه ، كما ينبغى للمرأة أيضاً أن تتعرف أحوال من يريد الزواج بها وأن تقف على أخلاقه وصفاته ليكون كل منهما على بينة من أمر الآخر قبل الإقدام على عقد الزواج حتى إذا تم الزواج بينهما أثمر الثمرة المطلوبة منه شرعا.

وطريق هذا التعرف بالنسبة للأحوال الخلقية البحث والتحرى وسؤال المخالطين لهما والواقفين على دخائلهما ، وتعرف أخلاق وعادات أسرتهما ، لأن الإنسان — كما يقول علماء الاجتماع — يتطبع بطباع بيئته . ويتخلق بأخلاق أسرته إلى التى تربى وعاش فيها .

---

(١) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٥٢٣ .

(٢) وللمالكيه فى هذا العقد ثلاثة أقوال — على مايؤخذ من حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢١٧ — حاصلها :

ا — أن العقد باطل يجب فسخه ، سواء دخل الرجل بالمرأة أو لم يدخل ، وهذا الرأى يوافق مذهب الظاهرية .

ب — أن العقد صحيح لاينفسخ مطلقاً ،وهذا الرأى يوافق مذهب جمهور الفقهاء

حـ — أن العقد يفسخ إن لم يكن الزوج قد دخل بالمرأة ،" ولا يفسخ إن كان قد دخل بها .

فإن الرسول صلى الله عليه وسلم قد علم بخطبة هذه السيدة من هؤلاء الثلاثة ولم ينكر على واحد منهم خطبته إياها فدل ذلك على إباحة خطبة المرأة المخطوبة إذا لم تقبل الخطبة أو تردها .

ولكن هذا الحديث لاحجة فيه لأصحاب هذا الرأى لأنه ليس فيه ما يستفاد منه أن أحد هؤلاء الثلاثة قد سبق الآخرين إلى خطبتها ، فيحتمل أن يكون الثلاثة قد خطبوها معاً وفى وقت واحد ، وإذا فرضنا أن أحدهم قد سبق الآخرين إلى خطبتها فليس فى الحديث مايستفاد منه أن من خطبها ثانياً أو ثالثاً كان يعلم بخطبة من سبقه ، حتى يحرم عليه خطبتها ، ومن ثم كان الراجح فى نظرنا ماذهب إليه أصحاب الرأى الأول .

أثر الخطبة المحرمة فى العقد :

وإذا خطب رجل امرأة لا تباح له خطبتها شرعاً أثم ديانة ولكن لا أثر لهذا الإثم فى العقد ، فلو أن رجلا خطب امرأة سبقه غيره إلى خطبتها ثم تزوجها أو خطب معتدة غيره ثم بعد انقضاء العدة عقد عليها صح زواجها ، وتم العقد فى الحالتين مادام العقد ، قد استوفى أركانه وشرائطه الشرعية ، ولا أثر للإثم الذى ارتكبه بخطبة غير مباحة فى صحة العقد بعد أن صارت المرأة غير محرمة عليه ، وهذا هو رأى الجمهور من الفقهاء وهو الرأى الراجح الذى يجرى عليه العمل فى المحاكم ، وذلك لأن النهى هنا ليس متوجهاً إلى نفس العقد ، بل هو متوجه إلى أمر خارج عن حقيقته ، ولم يتصل بركن من أركانه ولا بشرط من شرائط صحته ، نظيره فى ذلك من توضأ بماء مغصوب . فإن صلاته بهذا الوضوء تكون صحيحة وإن كان آثما بالغصب .

وقال داود الظاهرى: إن العقد فى هذه الحالة باطل يجب فسخه سواء دخل الرجل

السؤال عنه والمشاورة، وهو مايسمى بحالة التردد فهل يحل لرجل آخر أن يتقدم لخطبة هذه المرأة ؟ .

اختلفت آراء الفقهاء فى ذلك، فرأى بعضهم كراهة الخطبة وعدم حلها، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك [١] واستندوا فى ذلك إلى الأحاديث الواردة فى النهى عن الخطبة على خطبة الغير، وهى الاحاديث التى تقدم ذكرها، فإنها تشمل الخاطب الذى أجيب إلى خطبته والخاطب الذى ينتظر إجابة خطبته، من حيث إن كلا منهما يقال فيه : إنه خاطب، وإن المرأة مخطوبة له .

وإلى أن السكوت عن الإجابة أو الرد وإن كان لايدل على الرضا بالخاطب فهو أيضاً لايدل على كراهيته، فربما كانت الرغبة فيه حاصلة من بعض الوجوه فيكون هناك احتمال قبول خطبته فإذا أبحنا لغير الخاطب الأول أن يتقدم لخطبتها فقد يترتب على ذلك زوال هذه الرغبة ورفض خطبته، وفى هذا اعتداء على حق الخاطب الأول، وهو لايجوز .

ورأى آخرون إباحة هذه الخطبة مستندين فى ذلك إلى ماروى أن فاطمة بنت قيس تقدم لخطبتها ثلاثة من الصحابة وهم معاوية بن أبى سفيان وأبو جهم ابن حذافة وأسامة بن زيد، فذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرت له ذلك، فقال رسول الله : أما معاوية فرجل ترب لامال له، وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء ولكن أسامة. فقالت بيدها هكذا : أسامه أسامه، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : طاعة الله وطاعة رسوله، فرضيت بأسامة وتزوجته، فجعل الله فيه خيراً واغتبطت به » [٢] .

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى عليه جـ ٢ ص ٢١٧ .

(٢) منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار جـ ٦ صـ ٩٢ . المحلى لابن حزم جـ ١٠ صـ ٣٣

وأما بالنسبة للأحوال الخلقية والأوصاف الحسية كجمال الخلقة وحال الجسم من الامتلاء والنحافة وطول القامة وقصرها فيكون بنظر كل منهما للآخر ورؤيته، وهو أجدى طرق المعرفة، ولذلك أباحته الشريعة الإسلامية وأرشدت إليه ورغبت فيه، روى أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «أنظرت إليها؟. قال لا، قال: اذهب فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما.

ففي هذا الحديث أرشد الرسول صلى الله عليه وسلم المغيرة إلى رؤية مخطوبته ونصحه بالنظر إليها قبل الإقدام على الزواج بها، وبين الفائدة المترتبة على ذلك، وهي صلاح حال الزوجين وحصول الألفة والمودة بينهما. فإن الرجل إذا رأى من يريد الزواج بها وعلم فيها من المحاسن مايرغبه فيها كان ذلك وسيلة إلى طول المعاشرة ودوام الصحبة.

وروى الإمام أحمد في مسنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة وإن كانت لاتعلم [1] ».

مايباح النظر إليه:

ولا خلاف بين الفقهاء في إباحة النظر للخاطب إلى وجه المخطوبة، لأن الوجه جماع المحاسن الخلقية وملامحه تنم عن جملة حال الإنسان النفسية والصحية، ومن الفقهاء من أباح له أيضاً النظر إلى الكفين، وهو رأى أكثر الفقهاء، لأن رؤيتهما تدل على حال الجسم من الملاءمة والخصوبة وعدمها.

ومن الفقهاء من أباح النظر إلى مايظهر من المرأة غالباً عند قيامها بالأعمال

(١) منتقى الأخبار مع شرح نيل الأوطار جـ ٦ ص ٩٤.

المنزلية كالرقبة والذراعين والساقين وهو مروى عن الإمام أحمد (١) لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما أذن فى النظر إلى المخطوبة من غير علمها علم منه أنه أذن فى النظر إلى جميع ما يظهر منها عادة، وقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خطب أم كلثوم ابنة على كرم الله وجهه فذكر منها صغراً، فقالوا له: إنما ردك، فعاوده فقال: نرسل بها إليك تنظر إليها. فلما رآها رضى بها، فكشف عن ساقيها. فقالت: أرسل، لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك. فلما رجعت إلى أبيها قالت له: بعثتنى إلى شيخ سوء فعل كذا وكذا فقال لها: هو زوجك يا بنيه(٢).

وهذا الرأى فى نظرنا هو الراجح لأنه الرأى الذى تشهد له السنة الواردة فى هذا الباب. روى جابر بن عبدالله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال. «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى زواجها فليفعل» ثم قال جابر فخطبت جارية من بنى سلمة فكنت أتخبأ لها فى أصول النخل حتى رأيت منها ما أعجبنى فتزوجتها (٣)».

متى تكون الرؤية:

وقد استحسن بعض الفقهاء (٤) أن تكون الرؤية فى الوقت الذى تقوم فيه الرغبة بنفس الرجل لخطبة المرأة وقبل إظهار هذه الرغبة إليها أو إلى من يمثلها، كما استحسن أن تكون هذه الرؤية خفية من غير أن تعلم المرأة أو يعلم ذووها بنية الخاطب التى يخفيها، إذ أنه فى هذه الحالة تثمر الرؤية ثمرتها المقصودة، وهى التعرف على المرأة فى حالتها الطبيعية، فإذا صادفت من نفسه قبولا خطبها وإلا

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٤٥٣، ٤٥٤.

(٢) المصدر السابق، زاد المسلم للحافظ الحجة حبيب الله الشنقيطى جـ ٢ ص ٢٥٨

(٣) السنن الكبرى للبيهقى جـ ٧ ص ٨٤.

(٤) انظر نهاية المحتاج لابن شهاب الدين الرملى جـ ٦ ص ١٨٣

أحجم من غير أن يكون فى ذلك إيذاء لها ، ولا حرج لأسرتها ، ولا يخفى ما فى هذا الاستحسان من مراعاة اللياقة والعرف ، وحفظ كرامة المرأة وأسرتها .

تحريم الخلوة بالمخطوبة ومعاشرتها :

وإذا تمت الخطبة بين الرجل والمرأة فلا تعتبر زواجاً ولا يترتب عليها شىء من أحكام الزواج وإنما تعتبر مجرد وعد بالزواج ، وعلى هذا لايحل للخاطب معاشرة خطيبته قبل عقد الزواج ولا الخلوة بها على انفراد ، لأنها لا تزال أجنبية من الخاطب فى عرف الشارع ، وقد نهى الدين عن الخلوة بالأجنبية ، ولم يبح الجلوس معها إلا فى حضور أحد محارمها كأبيها أو أخيها أو عمها . قال الرسول صلى الله عليه وسلم « لايخلون أحدكم بامرأة فإن الشيطان ثالثهما (١) » وقال صلى الله عليه وسلم « لايخلون رجل بامرأة إلا مع محرم » (٢) .

ولاشك أن ماسنه الإسلام فى فترة الخطوبة ، وماشرعه للتعرف بالمخطوبة هى الطريقة المثلى التى تقتضيها الفطرة السليمة ويقرها الخلق الكريم ، وهى الطريقة المعتدلة التى لا إفراط فيها ولا تفريط ، فقد أجاز لكل منهما أن يرى صاحبه فى غير خلوة وأن يتحرى بعضهما عن بعض بكل الوسائل المشروعة ، ولم يطلق لهما الحرية فى الاتصال والخلوة ، وهذا — كما ترى — مسلك وسط بين المتشددين الذين يبالغون فى الحيلولة بين الخاطب ومخطوبته ، فلا يبيحون له رؤيتها ويكتفون بوصف الواصفات مما قد يترتب عليه اجتماع شخصين لا ائتلاف بينهما ولا انسجام وبين المسرفين الذين أطلقوا لأنفسهم العنان ، فأباحوا للخاطب الاتصال بمخطوبته والخروج معها إلى المتنزهات ودور الملاهى والأماكن العامة وكشفوا له كل مخبأ

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى ج ٧ ص ٩١ (٢) سبل السلام ج ٣ ص ٣٢٨ .

مستور فكانت النتائج خطيرة ، خصوصا إذا عدل الخاطب عن خطبته ولم يتم الزواج.

قد يقال : إن هناك أموراً كثيرة لا يمكن الوقوف عليها إلا من الخلطة والمعاشرة والانفراد بالمخطوبة كتعرف أخلاقها وآدابها وسلوكها ومقدار ثقافتها ومعالجتها للأمور التى تصادفها فى حياتها وغير ذلك من الصفات التى ينبغى توافرها فى شريكة الحياة .

ولكن يرد على هذا : بأن الشريعة قد أباحت للخاطب أن يجلس إلى خطيبته وأن يتحدث معها عند وجود أحد محارمها ، وبذلك يمكنه الوقوف على كثير من الأمور التى يريد الوقوف عليها كالاطمئنان إلى حديثها وعذوبته ومقدار عقليتها وثقافتها وخبرتها بشئون الحياة ، وما بقى من الصفات الأخرى يمكنه التعرف عليه من المخالطين لها فى السكن أو العمل ومن حال الأسرة وما استفاض من الأخبار عنها ، أما المعاشرة قبل الزواج فإنها لاتأتى بالغاية المرجوة منها ، لأن كلا منهما لا يظهر بمظهره الحقيقى فى تلك المدة بل يتصنع من الأخلاق والصفات ما ليس فيه ليروق فى نظر صاحبه ، ولهذا قيل فى الأمثال « كل خاطب كاذب » فإذا تم الزواج بينهما ظهر كل منهما على حقيقته الخالية من التصنع ، وفى هذا الوقت قد لايكون من السهل انفصام عرى الزوجية .

وفضلا عن ذلك فإن نتيجة هذه المعاشرة غير مأمونة ، لأن الإنسان بحسب طبيعته البشرية قلما يقوى على مقاومة غرائزه الجنسية إذا ألحت فى إجابة داعيها ، وقد يسهل على الخاطبين تلبية هذه الغرائز مايعتزمانه من الزواج فإذا ضعفا عن مقاومتها ثم تغير رأى الخاطب فى المخطوبه وانصرف عنها كان فى ذلك العار الأبدى لهذه الفتاة وأسرتها ، والتجارب الكثيرة والحوادث المتكررة

فى كل يوم تؤيدنا فيما نقول ، وتنطق ، بأفصح لسان لتعان عن خطورة الانحراف عن منهج الإسلام العادل الذى سنه للراغبين فى الزواج وعن النظام المحكم الذى وضع فى فترة الخطوبة .

العدول عن الخطبة :

الخطبة — كما علمنا — من مقدمات الزواج وليست زواجاً شرعياً ، ولا تربط أحدهما بالآخر برباط الزوجية ، وإنما هى وعد متبادل بين الخاطب والمخطوبة بإجراء عقد الزواج فى المستقبل ، وعلى هذا يكون للخاطب أن يعدل عن خطبته والمخطوبه أن تعدل عن قبول الخطبة ، ولكل منهما أن ينقض وعده ، وأن يرجع عن عزمه ، وهذا مبنى على أنه مادام لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام .

وهذا من الوجهة الفقهية كما هو رأى الجمهور من الفقهاء[1] أما من الوجهة الأخلاقية فإنه لا ينبغى للإنسان أن يخلف وعده إلا لضرورة ملحة ، لما يترتب على ذلك من إلحاق الأذى بالغير وتفويت الفرص عليه ، فمن عدل عن خطبته بدون مبرر يستدعى العدول عنها فقد ارتكب رذيلة وأجرم خلقياً .

---

(١) وهناك رأى لابن شبرمة وهو أحد أقوال أربعة فى مذهب المالكية وهو أن الواعد يلزمه الوفاء بوعده ويجبر على ذلك بواسطة القضاء . ومقتضى هذا الرأى أنه لا يجوز للخاطب أو المخطوبة أن يعدل عن الخطبة ، وإنهما إذا عدلا أو عدل أحدهما لا يترتب على هذا العدول فسخ الخطبة ، ويلزمهما الاستمرار فيها وإبرام عقد الزواج إلا إذا وجد ما يمنع من ذلك كالموت أو عدم القدرة على التنفيذ ، وهذا الرأى وإن كان يتفق مع النصوص الواردة فى الكتاب والسنة التى تأمر بالوفاء بالعهد والوعد كقوله تعالى « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » إلا أنه لا يصح الأخذ به هنا لأن إلزام أحد الطرفين بإجراء عقد الزواج يتضمن الإكراه وهو مما لا يجوز فى الزواج الذى يفترض فيه أنه عقد أبدى ، فيجب أن تكون الحرية فى إنشائه أوسع مجالا مما فى غيره من العقود والارتباطات .

أثر العدول عن الخطبة :

وإذا عدل الطرفان عن الخطبة أو عدل أحدهما عنها فسخت الخطبة ، وترتب على هذا الفسخ آثار بالنسبة للمهر والهدايا ، وما يقدمه الخاطب للمخطوبة عند إعلان الخطبة ويطلقون عليه اسم « الشبكة » وبالنسبة للأضرار التى تنشأ عن فسخ الخطبة ، ولكل واحد من هذه الأمور حكم يختلف عن الآخر . أما المهر فقد اتفق الفقهاء على أن للخاطب إذا قدم لخطيبته أو لمن يمثلها المهر كله أو بعضه ثم فسخت الخطبة كان له الحق فى استرداد مادفعه إن كان موجودا . فإن هلك أو استهلك رجع بقيمته إن كان قيمياً وبمثله إن كان مثلياً سواء كان العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة ، وذلك لأنه دفع المهر على أنه سيجب بالزواج ومادام الزواج لم يتم فلا تستحق المرأة منه شيئاً .

وأما الهدايا فقد اختلفوا فى حكمها فقال الحنفية وبقولهم هذا يجرى العمل فى المحاكم إلى الآن : إن هذه الهدايا تعتبر من قبيل الهبة فيكون لها حكمها وحكم الهبة عندهم أنه يجوز للواهب الرجوع فيها إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع المقررة فى المذهب (١) والتى منها هلاك العين الموهوبة أو استهلاكها أو تغييرها تغييراً يخرجها عن طبيعتها الأولى ، وعلى هذا إذا كان ما أهداه الخاطب لمخطوبته موجوداً ولم يطرأ عليه مايمنع الرجوع فللخاطب الحق فى استرداده .

---

(١) وهذه الموانع هى :

« ا » موت الواهب أو الموهوب له «ب» أخذ عوض عن الهبة «ج» زيادة العين الموهوبة « د » خروج العين الموهوبة عن ملك الموهوب له « هـ » قيام الزوجية بين الواهب والموهوب له وقت الهبة « و » القرابة المحرمية بين الواهب والموهوب له « ز » هلاك العين الموهوبة .

وإذا كان ما أهداه غير موجود بأن هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير أخرجه عن طبيعته الأولى كأن كان طعاماً فأكل، أو خاتماً فضاع، أو قماشاً فصنع ثوباً فلا يكون للخاطب الحق فى استرداد ما أهداه ولا فى استرداد بدله (١).

وقال المالكية فى أوجه القولين عندهم (٢) : إذا كان العدول عن الخطبة من جهة الخاطب لا يكون له الحق فى استرداد شىء مما أهداه لخطيبته، وإن كان العدول من جهة المخطوبة كان للخاطب الحق فى استرداد ما قدمه من الهدايا فإن كان قائماً استرده بعينه، وإن كان هالكا أومستهلكا رجع بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً إلا إذا وجد شرط أو عرف يقتضى غير ذلك فيعمل به، وهذا تفصيل حسن يتفق مع العقل والمنطق وفى الأخذ به والعمل على وفقه مايحقق العدالة بين الناس ويحفظ عليهم مصالحهم، ذلك أن ما يقدم من الهدايا فى فترة الخطبة لا يصح أن يعتبر من قبيل الهبة المطلقة حتى يمتنع الرجوع فى حالة الهلاك أو الاستهلاك أو غيرهما، كما يقول الحنفية وإنما يعتبر من قبيل الهبة المقيدة بشرط وهو إتمام الزواج بين الطرفين، كما يشهد بذلك العرف والعادة، فإذا لم يتم الزواج بينهما بسبب العدول عن الخطبة لم يتحقق ما أعطيت الهدية لأجله، فإذا كان العدول من جانب المخطوبة كان المانع من إتمام الزواج من جهتها فيلزمها أن ترد على الخاطب ما أهداه لها، وإن كان العدول من جانب الخاطب كان المانع من إتمام الزواج من جهته فلا يكون له الحق فى الرجوع بشىء من الهدايا.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٧٤.

(٢) والقول الثانى أن الخاطب لا يرجع على المخطوبة بشىء مما أهداه لها ولو كان الرجوع من جهتها، انظر الشرح الكبير للدرديرى ج ٢ ص ٢١٩ :

هذا من جهه ومن جهة أخرى فإن الرجوع إذا كان من جانب المرأة ترتب عليه غالباً لحوق ضرر أدبى بالخاطب ، فلا ينبغى زيادة هذا الضرر بمنعه من استرداد ما أهداه لهذه الخطبة ، وإذا كان الرجوع من جانب الخاطب ترتب عليه أيضاً لحوق الأذى والألم بالمخطوبة وبأسرتها فلا ينبغى أن يضاعف ذلك بالجمع بين العدول عن الخطبة ورد ما قدمه هذا الخاطب من الهدايا .

وقد اتجهت لجنة الأحوال الشخصية فى مشروعها إلى تفصيل معقول فى هذا الموضوع فنصت فى المادة الثالثة من مشروع القانون على ما يأتى :

ا — إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتض فلا حق له فى استرداد شىء مما أهداه للآخر .

ب — وإن كان العدول بمقتض فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا .

حـ — وذلك كله ما لم يكن هناك شرط أو عرف.

ونصت فى المادة الرابعة منه على أنه :

ا — إذا انتهت الخطبة بعدول من الطرفين ، فإن كان بسبب من أحدهما اعتبر عدول الآخر بمقتض وإلا استرد كل منهما ما أهداه للآخر إن كان قائما .

ب — وإذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شىء من الهدايا .

وأما الشبكة فإن الحكم فيها يختلف باختلاف العرف ، فإن كان العرف يعتبرها من المهر أخذت حكم المهر الذى سبق بيانه ، وإن كان العرف لا يعتبرها من المهر أخذت حكم الهدايا الذى سبق أيضاً إيضاحه ، وهذا ما اختارته لجنة الأحوال الشخصية على ما تفيده الفقرة (ب) من المادة الثانية ونصها « ويعتبر من المهر الهدايا التى جرى العرف باعتبارها منه » .

وأما الاضرار التى تنشأ عن فسخ الخطبة فصفوة القول فى هذا الموضوع : أن الخطبة إذا فسخت بعدول أحد الطرفين عنها ، وترتب على فسخها لحوق ضرر مادى بالطرف الآخر ، كما إذا قامت المخطوبة بإعداد الجهاز أو تركت عملها الذى كانت تتكسب منه ثم عدل الخاطب عن خطبتها أوقام الخاطب بإعداد منزل خاص ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة ، أو ترتب عليه لحوق ضرر أدبى كجرح الشعور والإحساس وتعريض الطرف الآخر للأقاويل والافتراء عليه وما أشبه ذلك ، فهل يحكم بالتعويض على من عدل عن خطبته ؟

من يقرأ كتب الفقه فى المذاهب المختلفة لا يجد فيها ذكراً لهذه المسألة ، والظاهر أن طبيعة الحياة الاجتماعية فى زمن أولئك الفقهاء لم تكن تسمح بإثارة هذه المسائل حتى يتناولها الفقهاء بالبحث والتحليل وإصدار الحكم فيها ، ولكن مع هذا يمكن الوصول إلى الحكم فى هذه المسألة على ضوء مايؤخذ من أقوالهم فى طبيعة الخطبة .

والذى يؤخذ من هذه الأقوال أنها تعتبر الخطبة وعداً بالزواج ، والوعد لايلزم الوفاء به قضاء فى رأى أكثر الفقهاء كما قدمنا ، وعلى هذا يكون لكل من الطرفين حق العدول عن الخطبة فى أى وقت ما دام عقد الزواج لم يتم بينهما ومتى كان العدول حقاً لكل منهما فلا ضمان عليهما فى استعماله ، لأن من المقرر شرعا وقانونا « أن من استعمل حقه الشرعى لايكون ضامناً ولامطالباًبالتعويض عن الضرر الناشىء عن هذا الاستعمال » ومقتضى هذا ألا يحكم بالتعويض عن الضرر الناشىء عن فسخ الخطبة سواء كان ضرراً أدبيا أوماديًا ، وسواء كان لأحد الطرفين دخل فى الضرر الذى لحق الطرف الآخر أو لم يكن له دخل فى ذلك.

ولكن إذا لاحظنا مع هذا القاعدة الشرعية الأخرى وهى أنه « لاضرر

ولاضرار » ولاحظنا أيضاً تحريم التغرير فى الشريعة ، وأنه يوجب الضمان قلنا : إنه يجب التفرقة بين حالتين .

الحالة الأولى : أن يكون لأحد الطرفين دخل فى الضرر الذى لحق الطرف الآخر بسبب عدوله عن الخطبة ، وذلك كأن يطلب الخاطب جهازاً خاصاً أو يحمل المخطوبة على ترك وظيفتها فتتركها بناء على رغبته ، أو تطلب المخطوبة من الخاطب إعداد منزل خاص للسكنى ثم يعدل هو أو تعدل هى عن الخطبة .

الحالة الثانية : ألا يكون لأحد الطرفين دخل فى الضرر الذى لحق الطرف الآخر بسبب العدول .

ففى الحالة الأولى يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الذى يصيب الطرف الآخر بسبب العدول عن الخطبة لتسبب العادل عن الخطبة حينئذ فى حصول الضرر وتغريره بالطرف الآخر وكلاهما يوجب الضمان .

وفى الحالة الثانية لا يكون هناك وجه للحكم بالتعويض على من عدل عن الخطبة، إذ لم يوجد منه مايصح أن يجعل سبباً للضمان ، من التسبب فى حصول الضرر أو التغرير.

هذا مايتعلق بهذا الموضوع من الناحية الشرعية أما من الناحية القضائية فإن من يتتبع أحكام المحاكم الوطنية فى هذا الموضوع يجدها لم تستقر على رأى واحد إلا بعد تأرجح واضطراب [1] فهناك من الأحكام ما يقضى بأن فسخ الخطبة — لأى سبب كان لا يوجب التعويض عن الضرر الناشى عن هذا الفسخ سواء أكان ضرراً أدبياً أو مادياً ، [2] وهذا بناء على أن العدول عن الخطبة حق ثابت

(١) الوسيط « مصادر الالتزام » للدكتور عبد الرازق السنهورى ص ٨٢٧ .

(٢) انظر فى هذا حكم محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ مجلة المحاماة س ٥ ص ٣٢٤ ، وحكم محكمة الزقازيق الاستئنافية فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ ، المجموعة الرسمية س ٢٦ ص ١٣٢ .

مقرر شرعا للخاطب والمخطوبة فى أى وقت بدون قيد أو شرط فإن عدل أحدهما عن الخطبة فقد استعمل حقه الشرعى الذى منحه الشارع إياه ، ولاضمان على من استعمل حقه فقهاً وقانوناً .

ومن أصابه الضرر كان عالما بأن للطرف الآخر الحق المطلق فى العدول عن الخطبة فى أى وقت فإذا ما أقدم على شىء بناء على الخطبة كإعـداد المسكن أو الجهاز فهو الذى قصر ولم يحتط لنفسه ولما عساه أن يلحقه من الضرر إذا فسخت الخطبة بعدول الطرف الآخر عنها ، إذ كان الاحتياط يوجب عليه أن يطالب قطع الخطبة أو إمضاء الزواج قبل الإقدام على أى عمل يترتب عليه حصول ضرر له إذا ما فسخت الخطبة ، فإذا لم يفعل فليتحمل وحده نتيجة عمله ومغبة تقصيره وعدم احتياطه من غير أن يشركه أحد فى ذلك .

ولو حكم على من عدل عن الخطبة بالتعويض لـكان فى ذلك مايشبه الإلجاء والإكراه على الزواج ، وهذا لايتفق وما يجب أن يتوافر لـكل منهما من رضا تام وحرية كاملة فى إنشاء عقد الزواج وعدم إنشائه .

وهناك من الأحكام مايقضى بالتعويض عن الضرر الناشىء عن فسخ الخطبة ، وبخاصة إذا سبق الفسخ إغراء أو سببت الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية (١) وهذا بناء على أن العدول عن الخطبة وإن كان حقاً لـكل من الطرفين ولـكن استعمال هذا الحق مقيد بالحـكمة التى شرع من أجلها هذا الحق ؛ وهى تمـكين الطرفين من تفادى الارتباط بزواج لايحقق الغاية المرجوة منه ، فإن خرج عن هذه الحـكمة وترتب على ذلك الإضرار بالغير والبغى على الأعراض

---

(١) الوسيط « مصادر الالتزام » للدكتور السنهورى ص ٨٢٨

كان إساءة فى استعمال الحق تستوجب إلزام فاعلها بتعويض ما ينشأ عنها من ضرر[١].

ثم استقر القضاء أخيراً — كما يقول الدكتور عبد الرازق السنهورى فى الوسيط — على ما يأتى :

١ — الخطبة ليست بعقد ملزم .

٢ — مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض .

٣ — إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية .

وقد قررت محكمة النقض هذه المبادى فى حكمها الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ [٢] .

وإن ما انتهى إليه القضاء فى هذا الموضوع يتفق مع ما تقضيه قواعد الشريعة كما بينا فيما تقدم .

---

(١) راجع فى هذا الحكم الصادر من محكمة الاسكندرية الأهلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ « المجموعة الرسمية س ٣١ ص ٥٣ » ، وحكمها الصادر فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ « المجموعة الرسمية س ٢٢ ص ٨٣ » ، ويراجع فى هذا أيضاً الحكم الصادر من محكمة سوهاج الكلية فى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ « مجلة المحاماة س ٢٨ ص ١٠٥٦ » حيث يصرح فى حيثياته بأن الخطبة عقد قائم ، وهو يخالف سائر أحكام المحاكم فإنها تتفق على إنكار صفة العقد للخطبة وأن التعويض إنما يعطى على أساس المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية كما جاء ذلك فى حكم محكمة الاسكندرية الذى سبقت الإشارة إليه .

(٢) المجموعة الرسمية س : ٤١ ع : ١٥ رقم ١٠١

الباب الثاني

فى أركان الزواج وشروطه وأحكامه

المراد بالركن فى الاصطلاح ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزءاً من حقيقته ، والمراد بالشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء الذى جعل شرطاً له ، ولم يكن جزءاً من حقيقته .

والزواج كغيره من العقود له أركان تقومه وتحقق ماهيته ، وشروط يتوقف على وجودها الاعتداد بما جعلت شروطاً له من الانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم على ما سيأتى بيانه .

الفصل الأول

أركان الزواج

يرى فقهاء الحنفية أن الزواج له ركنان فقط وهما الإيجاب والقبول ويطلق عليهما اسم الصيغة.

فالإيجاب هو ما يصدر أولا من أحد العاقدين دالا على إرادته فى إنشاء العقد، والقبول هو ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر دالا على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول ، والواقع أن كلا منهما إيجاب أى إثبات حق للطرف الآخر ولكن سمى الثانى قبولا تمييزا له عن الإثبات الأول ، ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول ، فالعبرة فى تمييز الإيجاب عن القبول هو الصدور أولا وعدمه بصرف النظر عمن صدر منه أهو الزوج أو الزوجة أو وليهما أو وكيلهما .

فإذا قال الرجل المرأة : تزوجتك أو زوجينى نفسك فقالت : زوجتك نفسى أو قبلت كان الأول إيجاباً للعقد من الرجل ، وكان الثانى قبولا منها .

وإذا قالت المرأة للرجل : تزوجتك أو زوجتك نفسى فقال الرجل: تزوجتك أو رضيت أو قبلت كان الأول إيجاباً من المرأة ، وكان الثانى قبولا من الرجل .

ما يكون به الإيجاب والقبول :

وكل من الإيجاب والقبول قد يكون لفظاً وقد يكون كتابة أو إشارة فإن كان لفظاً وجب أن يراعى فيه أمور بعضها فى مادته والحروف التى يتكون منها وبعضها فى صيغته وهيئته .

١ — أما من حيث المادة والحروف فالقبول لايشترط فيه لفظ معين ، بل يتحقق بكل لفظ يدل على الموافقة والرضا من أى مادة كانت كقبلت أو رضيت أو أجزت .

أما الإيجاب فقد اختلف الفقهاء فيه (١) فالشافعية ومن وافقهم يقولون : لابد أن يكون الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج وما أخذ منهما من الأفعال كزوجتك وزوجنى وما أشبه ذلك .

وحجتهم فى ذلك : أن الزواج ليس كغيره من العقود نظراً لخطورته وعظم شأنه ووجوب الاحتياط فى أمره ، إذ به تصير المرأة حلالا لمن تزوجها بعد أن كانت محرمة عليه ، وتثبت به الأنساب وتتكون الأسر ، فهو بهذا الاعتبار توجد فيه ناحية تعبدية تجعلنا نتقيد بما ورد فيه عن الشارع من الألفاظ ، ولا نتعداها إلى غيرها ، ولم يرد فى القرآن فى مواضع تشريعه إلا لفظة النكاح والتزويج ، من ذلك قول الله تعالى « فانكحوا ماطاب لكم من النساء (٢)

(١) راجع بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٢ صـ ٢٢٩ ، نهاية المحتاج للرملى جـ ٦ صـ ٢٠٧ ، والشرح الكبير لسيدى أحمد الدرديرى مع حاشية الدسوقى جـ ٢ صـ ٢٢٣ ، والمغنى والشرح الكبير جـ ٧ صـ ٤٢٨ .

(٢) آية : ٣ من سورة النساء

وقوله جل شأنه « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها » (١) فيلزم الاقتصار على هذين اللفظين فى إنشاء عقد الزواج ولا يصح أن ينعقد بغيرهما من الألفاظ .

والحنفية يقولون : إن الإيجاب كما يصح أن يكون بلفظ النكاح والتزويج يصح أن يكون بغيرهما من الألفاظ التى تدل على تمليك العين فى الحال كالهبة والتمليك والبيع وما يرادف ذلك من أى لغة متى وجدت القرينة التى تدل على أن المراد بهذه الألفاظ الزواج .

ورأى الحنفية فى هذه المسألة هو الراجح ، لأن عقد الزواج كثيرة من العقود التى تنشأ تبعاً لإرادة المتعاقدين ، فيصح أن ينعقد بكل لفظ ينبىء عن إرادة المتعاقدين متى كان مفهوماً لهما ولشهود العقد ، والشارع كما ورد عنه التعبير عن عقد الزواج بلفظ النكاح والتزويج ورد عنه أيضاً التعبير بلفظ الهبة والتمليك ، أما الأول ففى قوله تعالى « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » (٢) فإنه يدل على انعقاد الزواج للرسول بلفظ الهبة ، والأصل عدم الخصوصية حتى يقوم الدليل عليها . فإن قيل: إن قوله تعالى « خالصة لك من دون المؤمنين » يدل على الخصوصية فالجواب : أن الآية اشتملت على حكمين : أحدهما انعقاد الزواج بلفظ الهبة ، وثانيهما صحة الزواج بدون مهر ، والخصوصية فى الآية راجعة إلى الحكم الثانى دون الأول بدليل قوله تعالى فى آخر هذه الآية « لكيلا يكون عليك حرج » فإن معناه أننا أبحنا لك ذلك لنخفف عليك ونرفع عنك المشقة ، والتخفيف ورفع المشقة إنما يكون بإباحة الزواج له صلى الله عليه وسلم بدون مهر لا بإباحة الزواج بلفظ الهبة وعدم إلزامه بلفظ النكاح أو التزويج.

---

(١) آية ٣٧ من سورة الأحزاب.
(٢) آية : ٥٠ من سورة الأحزاب .

وأما الثانى فما جاء فى بعض روايات الحديث الوارد فى الزواج من أن امرأه جاءت إلى رسول الله تعرض نفسها عليه ليتزوج بها، ولم يكن للرسول رغبة فى الزواج بها فأعرض عنها، فقال رجل من الحاضرين: إن لم تكن بك حاجة إليها فزوجنيها يارسول الله، فقال له الرسول: هل عندك ماتعطيه لها؟ فقال: ليس عندى إلا إزارى هذا، فقال له الرسول: هل عندك غيره فقال: لا، فقال الرسول: لو أعطيتها إزارك جلست ولا إزار لك، التمس ولو خاتما من حديد، فذهب الرجل ورجع فقال: لم أجد شيئاً فقال له الرسول: هل تحفظ شيئاً من القرآن؟ فقال الرجل: أحفظ سورة كذا وكذا وعد سوراً، فقال الرسول: ملكتكها بما معك من القرآن».

٢ — وأما من حيث الصيغة والهيئة فيلزم فى الإيجاب والقبول أن يكون كل منهما بصيغة الفعل الماضى، كما إذا قال ولى المرأة لخاطبها: زوجتك ابنتى، فقال له: قبلت أو رضيت، لأن المقصود بالعقد إنشاء معنى فى الحال لم يكن حاصلا من قبل، وصيغة الماضى تفيد تحقيق معناها وثبوته بالفعل، فكانت أدل على المراد وأقرب إلى المقصود فى العقود، وهو الإنشاء فى الحال فينعقد بها العقد من غير توقف على شىء آخر كالنية أو القرينة.

ويصح أن يكون الإيجاب بصيغة المضارع والقبول بصيغة الماضى إذا وجدت القرينة التى تدل على إرادة إنشاء العقد فى الحال وتنفى احتمال الوعد بالزواج أو التماس الوعد به كدعوة الناس إلى مجلس العقد وإحضار الشهود ساعة إجرائه وما أشبه ذلك مما يدل على أن المقصود بالصيغة إنشاء العقد فى الحال وليس مجرد الوعد أو التماس الوعد بالزواج، وعلى هذا فلو قال الرجل لأبى المرأة، والمجلس مهيأ لإجراء عقد الزواج: تزوجنى ابنتك؟ فقال له قبلت أو رضيت تم العقد

بينهما ، أما إذا لم يكن المجلس مهيأ للعقد ولم تكن هناك قرائن أخرى تدل على قصد إنشاء العقد فى الحال فإنه لا يتم العقد بذلك .

والسر فى اعتبار القرينة فى صيغة المضارع دون الماضى أن صيغة المضارع كثر استعمالها فى الإخبار عن حصول الفعل فى المستقبل ، إما على سبيل الحقيقة أو على سبيل المجاز فكانت الحاجة ماسة إلى القرينة الدالة على إرادة إنشاء العقد .

وكذلك يصح أن يكون الإيجاب بصيغة الأمر والقبول بصيغة الماضى إذا لم يكن المقصود من صيغة الأمر تعرف رغبة الجانب الآخر فى الزواج أو طلب الوعد به ، فإذا قال رجل لامرأه : زوجينى نفسك ، وقصد بذلك إنشاء الزواج ولم يقصد عرض الخطبة أو تعرف رغبتها فى الزواج فقالت المرأة : زوجتك نفسى تم الزواج بينهما ولا يحتاج إلى قول آخر من الرجل لأن صيغة الأمر وإن كانت فى أصل وضعها لطلب تحصيل فعل فى المستقبل لكن يصح إنشاء عقد الزواج بها متى كان المقصود منها إنشاء العقد لا مجرد تعرف رغبة الجانب الآخر أو طلب الوعد بالزواج .

وهذا محل اتفاق بين الحنفية وغيرهم من الفقهاء ، إلا أن الحنفية اختلفوا فيما بينهم فى توجيه ذلك ، فقال بعضهم : إن صيغة الأمر لا تعتبر إيجاباً بل تعتبر توكيلا ضمنياً ممن صدرت عنه للطرف الآخر ، فقول الرجل للمرأة : زوجينى نفسك يتضمن توكيله إياها فى أن تزوجه نفسها ، وقولها : زوجتك نفسى ، عبارة قامت مقام الإيجاب والقول ، وعلى هذا التوجيه يكون الزواج تم بعبارة واحدة قامت مقام العبارتين ، ويكون من صدرت هذه العبارة هو المتولى

عقد الزواج بطريق الأصالة عن نفسه والوكالة عن الطرف الآخر وعقد الزواج يصح أن يتولاه شخص واحد كما سيأتى .

وقال بعضهم : إن صيغة الأمر تعتبر إيجاباً للعقد ، ولا تعتبر توكيلا به ضمنا وهذا القول أوجه من القول الأول لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ الذى يفيد قصد تحقق المعنى أولا ، وهو صادق على لفظ الأمر (١) ، ولأن من يتلفظ بصيغة الأمر ساعة إجراء العقد لايقصد منها معنى التوكيل ولا يخطر له ببال (٢) .

انعقاد الزواج بالكتابة والإشارة :

الإيجاب والقبول ـ كما علمنا ـ قد يكون كل منهما باللفظ والعبارة وهذا هو الأصل والكثير الغالب ، وقديكون بالكتابة أو الاشارةوذلك على التفصيل الآتى :

١ — إذا كان المتعاقدان حاضرين معاً فى مجلس واحد ، وكانا قادرين على النطق باللفظ والعبارة فإنه يتعين عليها الإتيان باللفظ والعبارة المفيدة لانشاء العقد كما تقدم ، ولا ينعقد الزواج بينهما بالإشارة ولو كانت مفهمة وكاشفة عن إرادة الزواج ، وكذلك لاينعقد بالكتابة ولو كانت الكتابة بينة واضحة فى الدلالة على إنشاء الزواج .

فلو كتب رجل لامرأة « تزوجتك » أو كتبت له « زوجتك نفسى » ، وهما حاضران فى المجلس ، فقالت أو قال : قبلت أو نحوه لا ينعقد الزواج بينهما وكذلك لو كتبت له أو كتب لها بالقبول من باب أولى .

وذلك لأن اللفظ هو الأصل فى التعبير عن الارادة ولا يلجأ إلى غيره إلا

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٤٥

(٢) أحكام الأحوال الشخصية لفضيلة الأستاذ الشيخ عبدالرحمن تاج ص ٢٠ « هامش » .

عند الضرورة ، ولا توجد الضرورة بالنسبة للحاضر فى المجلس القادر على النطق والإتيان باللفظ والعبارة .

ولأن عقد الزواج له من الأهمية والخطورة مايوجب التأكد من حصول رغبة المتعاقدين فى إبرامه والإعراب عن إرادتهما بما يدل على احترامه وعدم الاستهانة بشأنه .

وأيضاً فإن عقد الزواج يشترط فى صحته حضور الشهود وسماعهم كلام العاقدين وهذا لايتيسر فى حالة الكتابة .

٢ — إذا كان المتعاقدان حاضرين معا فى مجلس العقد وعجز كل منهما أو أحدهما عن النطق باللفظ والعبارة المفيدة لإنشاء العقد ولا يعرف الكتابة بأن كان أخرس أو معتقل اللسان بحيث لايقدر على النطق بالعبارة ، ولا يعرف الكتابة صح الإيجاب أو القبول بالإشارة المعهودة المفهمة ، لأنها حينئذ السبيل الوحيد لإفهام المراد وإظهار مافى نفسه من الرغبات .

٣ — إذا كان المتعاقدان حاضرين معاً فى مجلس العقد وعجز كل منهما أو أحدهما عن الإتيان باللفظ ولكنه يعرف الكتابة ، ففى انعقاد الزواج بإشارته روايتان فى مذهب الحنفية .

الأولى — وهى الرواية الظاهرة — أن زواجه لا ينعقد بالإشارة ، وإنما ينعقد بالكتابة ، لأن الكتابة أبلغ فى الدلالة على المراد وأبعد عن الاحتمال من الإشارة فوجب المصير إليها ، وبهذا قال بعض الشافعية وعليها يجرى العمل فى المحاكم (١)

(١) جاء بالمادة (١٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ماياتى « إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة ، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة » . ونصت الفقرة (ج) من المادة السادسة من مشروع لجنة الأحوال الشخصية على أنه « فى حالة العجز عن النطق تقوم مقامه الكتابة ، فإن تعذرت فالإشارة المفهمة» .

والثانية — أن زواجه ينعقد بالإشارة كما ينعقد بالكتابة ، لأن اللفظ هو الأصل فى التعبير عن الإرادة ، وعند العجز عنه ينتقل إلى مايقوم مقامه فى ذلك ، والإشارة والكتابة فى هذا سواء .

٤ — إذا كان أحد المتعاقدين غير حاضر مع الآخر فى مجلس واحد ، بأن كان أحدهما فى بلد والآخر فى بلد آخر صح إنشاء الزواج بينهما بالكتابة ، وصورة الزواج بالكتابة : أن يكتب الرجل لخطيبته تزوجتك أو زوجينى نفسك ، فإذا بلغها الكتاب وأحضرت شاهدين ، وقرأت عليهما الكتاب أو أعلمتهما بمافيه ، ثم قبلت الزواج فى المجلس تم عقد الزواج بينهما ، أما إذا لم تقرأ عليهما الكتاب، ولم تعلمهما بما فيه وقالت أمامهما : زوجت نفسى بفلان فلا يصح الزواج ، لأن سماع الشهود شطرى العقد « الإيجاب والقبول » شرط لصحة الزواج ، فإذا قرأت الكتاب على الشاهدين أو أعلمتهما بما فيه تحقق هذا الشرط فيكون العقد صحيحا ، وإذا لم تقرأه عليهما ولم تعلمهما بمافيه لم يتحقق هذا الشرط فلا يصح العقد .

ومثل الكتاب إرسال الرسول إلى الطرف الغائب عن المجلس لتبليغ الإيجاب، وصورته أن يرسل الخاطب إلى خطيبته الغائبة عن المجلس شخصاً يبلغها إيجاب الزوج مشافهة ، فإذا قبلت الإيجاب فى مجلس تبليغ الرسالة بحضور شاهدين تم الزواج ، وإن قامت من المجلس من غير أن تقبل انتهى الإيجاب حتى لو قبلت بعده لا ينعقد الزواج .

تولى الواحد عقد الزواج :

الكثير الغالب أن عقد الزواج يتولاه شخصان ، أحدهما يصدر منه الايجاب فيسمى موجبا والآخر يصدر منه القبول فيسمى قابلا ، وقد يتولى عقد الزواج شخص واحد يقوم مقام شخصين ، وتكفى عبارته عن عبارتين وللفقهاء فى انعقاد الزواج بعبارة الواحد أراء وأقوال كثيرة نقتصر على الراجح منها ،

وهو الذى يجرى عليه العمل ، وخلاصة هذا الرأى :

أن الشخص إذا كان له حق تمثيل الطرفين عند إجراء العقد صح انعقاد الزواج بعبارته وحده ، وإذا لم تكن له حق تمثيل الطرفين أو كان له حق تمثيل أحدهما فقط لم ينعقد الزواج بعبارته وحده.

والذى يكون له حق تمثيل الطرفين هو من كانت له صفة شرعية عند إجراء العقد تخول له إجراءه ، وهذه الصفة تتحقق بالأصالة أو الولاية أو الوكالة ، والذى لا يكون له حق تمثيل الطرفين أو أحدهما هو من لا تكون له هذه الصفة الشرعية وقت إجراء العقد بأن كان فضولياً من الجانبين أو من جانب واحد ، وبناء على هذا ينعقد الزواج بعبارة الشخص الواحد فى الصور الآتية :

١ — أن يكون العاقد أصيلا يعقد لنفسه وولياً على الجانب الآخر ، ومثال ذلك أن يتزوج الرجل بنت عمه التى فى ولايته فيقول بحضرة الشهود : تزوجت بنت عمى فلانة فينعقد الزواج بعبارته هذه بدون حاجة إلى كلام آخر .

٢ — أن يكون أصيلا يعقد لنفسه ووكيلا عن الطرف الآخر ، ومثال ذلك أن توكل امرأة رجلا أن يزوجها من نفسه فيقول بحضرة الشهود وكلتنى فلانة بنت فلان أن أزوجها من نفسى فاشهدوا أنى تزوجتها .

٣ — أن يكون ولياً للطرفين ومثال ذلك أن يزوج الجد الذى له الولاية على أولاد أولاده الصغار بنت ابنه لابن ابنه الآخر أو يزوج الأب بنته لابن أخيه الصغير الذى فى ولايته.

٤ — أن يكون وكيلا للجانبين ، كما إذا وكل رجل شخصاً أن يزوجه ووكلته امرأة فى زواجها فزوج أحدهما بالآخر بحضرة شاهدين .

٥ — أن يكون ولياً من جانب ووكيلا من الجانب الآخر كأن يوكله رجل أن يزوجه بنته الصغيرة فيزوجه إياها بحضور شاهدين .

ولا ينعقد الزواج بالعاقد الواحد فى الصور الآتية :

١ — أن يكون العاقد فضوليا من الجانبين كأن يقول شخص فى حضرة شاهدين زوجت فلانة بفلان ، وهو ليس وكيلا عنهما ولا ولياً عليهما .

٢ —أن يكون فضولياً من جانب وأصيلا من الجانب الآخر ، كأن يقول رجل تزوجت بفلانة ، وهو ليس وكيلا عنها ولا وليا عليها.

٣ — أن يكون فضولياً من جانب ووليــاً من الجانب الآخر، كأن يزوج بنته الصغيرة لرجل لم يوكله فى الزواج بها وليس له عليه ولاية .

٤ — أن يكون فضولياً عن جانب ووكيلا من الجانب الآخر كأن يوكل شخص آخر أن يزوجه فيقول :زوجت فلانا بفلانة ، وليس وكيلا عنها .

والدليل على صحة انعقاد الزواج بالعاقد الواحد إن كانت له صفة شرعية ما يأتى:

أولا : مارواه أبو داود عن عقبة بن عامر أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لرجل :أترضى أن أزوجك فلانة ؟ ،قال : نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت : نعم ، فزوج أحدهما صاحبه . فهذا الحديث يدل على جواز تولى الواحد طرفى العقد إذا كـان وكيلا للجانبين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد تولى طرفى العقد بنفسه عند ما أذن الرجل والمرأة فى زواج كل منهما بصاحبه ، وفعله صلى الله عليه وسلم يدل على الجواز .

ثانيا : مارواه البخارى أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم أتجعلين أمرك إلىّ ؟ قالت : نعم ، قال : فقد تزوجتك . فى هذا الأثر ما يدل على جواز أن يكون العاقد أصيلا من أحد الجانبين ووكيلا من الجانب الآخر ، وما عدا هاتين الصورتين ينعقد الزواج فيهـا بالعـاقد الواحد بطريق القياس عليهما لاشتراكهما فى المعنى وهو أن العاقد فى الجميع له صفة شرعية عند إجراء العقد

الفصل الثانى

شروط الزواج

لعقد الزواج شروط كثيرة متنوعة فبعضها شروط انعقاد وبعضها شروط صحة، وبعضها شروط نفاذ وبعضها شروط لزوم .

فشروط الانعقاد هى التى يلزم مراعاتها فى أركان العقد أو فى الأسس التى تقوم عليها هذه الأركان بحيث لو تخلف شرط منها صار وجود الأركان بمنزلة العدم ، ولم يكن للعقد وجود شرعا فلا يترتب عليه أى حكم من الأحكام التى وضع العقد لإفادتها .

ويعبر عن أثر هذا التخلف « بالبطلان » ويطلق على العقد فى هذه الحالة اسم « الباطل » فالعقد الباطل على هـذا هو : الذى حصل خلل فى ركن من أركانه أو أساس من الأسس التى تقوم عليها هذه الأركان .

وشروط الصحة هى التى بتوافرها يصير العقد صالحا لترتيب أثره الشرعى عليه بعد انعقاده بحيث لو تخلف شرط منها فاتت هذه الصلاحية .

ويعبر عن أثر هذا التخلف « بالفساد » ويطلق على العقد فى هذه الحالة اسم « الفاسد » فالعقد الفاسد على هذا هو : الذى تحققت أركانه ولـكن حصل خلل فى أمر من الأمور التى يحتم الشارع توافرها ليـكون العقد صالحا لترتب أثره عليه.

وشروط النفاذ هى التى يتوقف عليها ترتب أثر العقد عليه بالفعل بعد انعقاده وصحته ، فإذا تخلف شرط منها توقف ترتب أثر العقد على إجازة من له الإجازة ، وأطلق على العقد فى هذه الحالة اسم « الموقوف » .

فالعقد الموقوف، على هذا هو : الذى لاتترتب عليه آثاره بالفعل إلا بعد إجازة من له الحق فى إجازته .

وشروط اللزوم هى التى يتوقف عليها بقاء أثر العقد واستمراره ، فلا يكون لأحد العاقدين أو غيرهما حق فسخه أو الاعتراض عليه فإذا تخلف شرط منها كان العقد جائزاً ، فالعقد الجائز على هذا هو : الذى يكون لأحد العاقدين أو لغيرهما حق فسخه أو الاعتراض عليه (١) .

وهذا على اصطلاح الحنفية أما غيرهم من الفقهاء فلا يوجد عندهم شروط للانعقاد وشروط للصحة بل جميع هذه الشروط تعتبر شروطا للصحة ، فإذا تخلف شرط منها كان العقد غير صحيح ، وسمى باطلا أو فاسداً على حد سواء.

وعلى هذا الاصطلاح لا يكون هناك فرق بين الباطل والفاسد فى الزواج أما على اصطلاح الحنفية فإن هناك فرقا بينهما ، فالزواج الباطل ما تخلف فيه شرط من شروط الانعقاد ، والزواج الفاسد ما تحققت شروط انعقاده وتخلف شرط من شروط صحته .

وفى رأينا أن من قال بالتفرقة بين الباطل والفاسد فى الزواج أصح نظراً وأدق مسلكا . وذلك لأن عقود الزواج غير الصحيحة باتفاق جميع الفقهاء ليست كلها فى درجة واحدة من حيث الآثار التى تترتب على الدخول بالمرأة فيها ، بل هى بهذا الاعتبار تتنوع إلى نوعين :

نوع لا يترتب على الدخول بالمرأة فيه أى أثر من الآثار ، فلا يثبت نسب الولد من الرجل إذا حصل حمل من ذلك الدخول ، ولا تجب العدة على المرأة

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية لفضيلة الأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج ص ٣٠

بعد المتاركة أو التفريق ، ومن هذا النوع الزواج بالأم أو البنت أو الأخت أو بالمرأة المتزوجة برجل آخر .

ونوع يترتب على الدخول بالمرأة فيه بعض الآثار كثبوت النسب ووجوب العدة على المرأة من وقت المتاركة أو التفريق ، ومن هذا النوع الزواج بغير شهود والزواج المؤقت والزواج بالأخت مع وجود أختها فى عصمة الزوج ، ومادام العقد غير الصحيح يتنوع باتفاق الجميع إلى هذين النوعين فمن الصواب أن يفرق بينهما فى التسمية حتى يحصل التمييز بين النوعين ، كما سار عليه المحققون من الحنفية .

هذا مايتعلق بالكلام على شروط الزواج إجمالا أما الكلام على كل نوع منها تفصيلا فنورده فيما يلى بحسب الترتيب المتقدم .

شروط الانعقاد :

شروط انعقاد الزواج كثيرة ومتنوعة فمنها ما يكون شرطا فى العاقدين ، ومنها ما يكون شرطا فى المرأة التى يراد الزواج بها ، ومنها ما يكون شرطاً فى صيغة العقد وهى الإيجاب والقبول .

ا — شروط العاقدين :

أما العاقدان فيشترط فيهما مايأتى :

١ — أن يكون كل من العاقدين أهلا لمباشرة العقد ، وتتحقق هذه الأهلية بالتميز ، فإن كان أحدهما غير مميز بأن كان مجنوناً أو صبياً لم يبلغ سن التمييز وهى السابعة لاينعقد الزواج بعبارته ، ويكون باطلا ، لأن العقد يعتمد الإرادة والقصد من العاقد ، وهذا لايتحقق من غير المميز .

٢ — أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر ، ويفهم أن المقصود منه

إنشاء الزواج ، وذلك بأن يعلم القابل أن قصد الموجب بعبارته إنشاء الزواج وإيجابه ، ويعلم الموجب أن قصد القابل بعبارته الرضا بالزواج والموافقة عليه وإن لم يفهم كل واحد منهما معانى المفردات التى تتألف منها عبارة الآخر فإذا كان الإيجاب بلغة والقبول بلغة أخرى وكان كل من العاقدين لايعرف لغة صاحبه ولايفهم المعنى اللغوى لعبارته ولكنه يعرف أن المقصود منها إيجاب العقد أو قبوله كان كافيا فى إنشاء الزواج وانعقاده (١) .

ب — شروط المرأة التى يراد الزواج بها .

وأما المرأة التى يراد الزواج بها فيشترط فيها ألا تكون محرمة على الرجل تحريما قطعيا لاشبهة فيه ولاخلاف فيه لأحد من العلماء وليس مما يشتبه الأمر فيه على عامة الناس ، فلو كانت المرأة محرمة على الرجل هذا النوع من التحريم وعقد عليها كان العقد باطلا وذلك كالأم والبنت والأخت والخالة والعمة ، والمرأة المتزوجة برجل آخر والمرأة المسلمة بالنسبة لغير المسلم .

ح — شروط الصيغة « الإيجاب والقبول »

وأما صيغة العقد فيشترط فيها أمور أخرى زيادة على ما يشترط فيها من حيث المادة والهيئة الذى تقدم بيانه ،وهذه الأمور هى :

١ — اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، بأن يكون المجلس الذى حصل فيه القبول هو بعينه الذى حصل فيه الإيجاب ، ويعتبر المجلس متحداً إذا لم يوجد من العاقدين أو من أحدهما بعد الإيجاب وقبل القبول مايدل على الإعراض عنه والاشتغال بغيره ولا يعتبر المجلس متحداً إذا وجد من العاقدين أو من أحدهما بعد الإيجاب مايدل

---

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٢٧٣ ، ٢٨٠ .

على الإعراض عنه والاشتغال بغيره ، كما إذا قام أحدهما من المجلس بعد الإيجاب وقبل القبول لقضاء مصلحة لاصلة لهـا بالعقد أو اشتغل بحديث آخر لا علاقة له بالعقد وما أشبه ذلك .

فالمدار فى اتحاد المجلس واختلافه على حصول مايدل على الإعراض عن العقد وعدم حصوله .

ولـكن ماهو الحد الفاصل بين الأمور التى تدل على الإعراض عن العقد والتى بها يختلف المجلس وبين الأمور التى لاتدل على الإعراض عنه والتى لا يختلف بها المجلس ؟

لايوجد فى الشريعة مايدل على أن هناك حداً فاصلا بين هده الأمور وعلى هذا يكون المرجع فيها هو العرف ، فما يعتبر فى العرف إعراضاً عن العقد أو فاصلا بين الإيجاب والقبول يكون منهياً لمجلس العقد ومانعا من الانعقاد ، ومالا يعتبر فيه إعراضاً عن العقد أو فاصلا بين الإيجاب والقبول لا يـكون منهياً للمجلس ولا مانعاً من الانعقاد .

ومما تجب ملاحظته هنا أن مجلس عقد الزواج بالنسبة للتعاقد بطريق الـكتابة أو الرسالة هو مجلس قراءة الغائب الـكتاب أمام الشهود أو إسماعهم رسالة الرسول فإذا كتب الرجل إلى امرأه كتاباً يقول لها : زوجينى نفسك أو أرسل إليهـا رسولا بذلك كان عليها لينعقد الزواج بينهما أن تحضر الشهود وتعلمهم بمـا فى الـكتاب أو رسالة الرسول ، ثم تقول أمامهم قبل الاشتغال بشىء آخر « زوجت نفسى منه » أما إذا قرأت الـكتاب أو سمعت الرسالة أمام الشهود ثم قامت من المجلس لقضاء مصلحة أخرى أو اشتغلت بالحديث فى شىء آخر لاعلاقة له بالعقد ثم قالت « زوجت نفسى منه » فلا ينعقد الزواج ، لاختلاف مجلس الإيجاب والقبول .

هذا : ومن يقرأ كتب الفقه فى المذهب الحنفى (١) يجد الفقهاء يتشددون كثيراً فى هذا الشرط وفى تطبيق مايعتبر دليلا على الإعراض عن العقد ومانعاً من الانعقاد حتى قالوا : إن مجرد وقوف أحد العاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول يعتبر قاطعاً للمجلس ومانعاًمن الانعقاد.

وقالوا : إذا صدر الإيجاب والقبول من العاقدين ، وهما يمشيان فى الطريق أو كانا راكبين ولو على دابة واحدة لاينعقد العقد لاختلاف المجلس ، فإن السير يغير مجلس القبول عن مجلس الإيجاب ، وقالوا أيضاً : إن نوم العاقدين مضجعين لاجالسين دليل على الإعراض عن العقد وبه يختلف المجلس . . إلى غير ذلك من الفروع الكثيرة التى ذكروها فى كتبهم ، والصواب فى هذا ما بيناه .

٢ — موافقة القبول للايجاب ومطابقته له ، وتتحقق هذه الموافقة باتحاد القبول والإيجاب فى موضوع العقد ومقدار المهر ، فإذا خالف القبول الإيجاب فى شىء من ذلك لاينعقد الزواج إلا إذا كانت المخالفة فيها خير للموجب ، لأن العقد عبارة عن اجتماع إرادتين وتوافقهما على شىء واحد ، ولايتحقق ذلك مع مخالفة القبول للايجاب فيما ذكرنا .

وعلى هذا لو قال الموجب: زوجتك ابنتى ليلى فقال: قبلت زواج ابنتك زينب لم ينعقد الزواج ، لمخالفة القبول للايجاب فى موضوع العقد ، ولو قال : زوجتك ابنتى ليلى بألف فقال : قبلت زواجها بثمانمائة لم ينعقد الزواج ، لمخالفة القبول للايجاب فى مقدار المهر .

أما إذا قال . زوجينى نفسك بمائتين فقالت تزوجتك بمائة ، فإن الزواج

---

(١) انظر فتح القدير جـ ٥ صـ ٧٨ ، والبدائع جـ ٢ صـ ٢٣٢ ، جـ ٥ صـ ١٣٧ . وابن عابدين جـ ٢ صـ ٢٧٣ ، ٤٨٨ ، جـ ٤ صـ ٢١ .

يصح ، وإن كان القبول مخالفاً للايجاب فى مقدار المهر ، لأن هذه المخالفة فيها فائدة للموجب ، وفى هذه الحالة تجعل المرأة كأنها قبلت الزواج بالمائتين ثم أسقطت عنه مائة منها ، ولا يحتاج سقوطها إلى القبول من الزوج ، لأنه إسقاط وإبراءوهو يتم بدون توقف على القبول .

ولو قالت المرأة : تزوجتك بمائة فقال الرجل : قبلت بمائتين صح الزواج للسبب الذى بيناه ، إلا أنه فى هذه الحالة يكون المهر الواجب مائة فقط لأنه قد وقع التراضى عليها من الطرفين ، أما المائة الأخرى فلا تجب إلا إذا رضيت الزوجة بها فى مجلس العقد فإذا قبلتها فى مجلس العقد لزمت الزوج على القول المفتى به لأنه تمليك ، والتمليك يحتاج إلى القبول من المملك ، إذ لا يدخل شىء فى ملك أحد بدون رضاه .

قد يقال إن الحكم واضح إذا كان القبول مخالفاً للايجاب فى موضوع العقد ولكنه غير واضح إذا كان القبول مخالفاً للايجاب فى مقدار المهر ، لأن المهر — كما هو مقرر — ليس من أركان العقد ولا من شروط صحته ، وإنما هو من الأحكام والآثار المترتبة عليه ، ولهذا يصح عقد الزواج إذا لم يسم فيه المهر أو اشترط فيه ألا مهر للمرأة أصلا ، ومقتضى هذا أن لا تكون مخالفة القبول للإيجاب فى مقدار المهر مانعة من انعقاد الزواج .

والجواب عن هذا : أن المهر وإن لم يكن ركناً فى العقد ولا شرطاً فى صحته إلا أنه إذا ذكر فى العقد التحق بالإيجاب وكان جزءاً منه ، وصار المجموع إيجابا فإذا جاء القبول لزم أن يكون على وفق هذا المجموع حتى ينعقد العقد .

أما إذا لم يذكر المهر فى العقد ، أو صرح فيه بأن لا مهر للمرأة أصلا فلا يكون جزءاً من الإيجاب فيتم العقد بالإيجاب والقبول ويجب للمرأة فى هذه

الحالة بمهر المثل ، لأن المهر واجب فى الزواج بإيجاب الشرع فلا يملك أحد إخلاء الزواج منه (١) .

٣ — والشرط الثالث من شروط الصيغة أن تكون منجزة لم يعلق الإيجاب فيها على حصول أمر فى المستقبل ولم يضف إلى زمن مستقبل ، كأن يقول رجل لامرأة : تزوجتك فتقول : قبلت ، فالصيغه فى هذا المثال منجزة ليس فيها تعليق للزواج على حصول أمر فى المستقبل ولا إضافة له إلى زمن مستقبل فينعقد الزواج بها وتترتب عليه أحكامه وآثاره فى الحال ما دام مستوفياً لأركانه وشرائطه المعتبرة فيه .

أما إذا كان الإيجاب معلقاً على حصول أمر فى المستقبل وربط وجوده بهذا الأمر ، ثم جاء القبول من الطرف الآخر موافقاً له فى ذلك فلا ينعقد الزواج سواء كان المعلق عليه محقق الحصول فى المستقبل أو كان حصوله محتملا . مثال الأول أن يقول رجل لامرأة : إذا جاء شهر اكتوبر من العام القادم فقد تزوجتك ، وتقبل المرأة على ذلك . ففى هذا المثال علق الزواج على أمر مستقبل هو مجىء شهر اكتوبر وهو محقق الحصول ، ومثال الثانى أن يقول رجل لامرأة : إن قدم أخى من سفره فقد تزوجتك ، وتقبل المرأة على ذلك ، ففى هذا المثال علق الزواج على أمر مستقبل وهو مجىء أخيه من السفر ، وهو أمر غير محقق الحصول فى المستقبل بل يحتمل وجوده وعدم وجوده .

وكذلك لا ينعقد الزواج إذا كان الإيجاب مضافاً إلى زمن مستقبل ، كما إذا قال رجل لامرأة تزوجتك فى يوم السبت القادم أو فى أول الشهر الآتى ، وقبلت المرأة على ذلك فإن الزواج لا ينعقد بهذه الصيغة .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٢٧٣ وأحكام الأحوال الشخصية لفضيلة الأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج ص ٢٨ .

والسر فى ذلك أن عقد الزواج من عقود التمليكات ، وهى لا تقبل التعليق ولا الإضافة كما هو مقرر فى الفقه .

ولأن الشارع وضع عقد الزواج ليفيد حكمه فى الحال ، واضافته إلى الزمن المستقبل تؤخر حكمه إلى وجود ذلك الزمن ، وهو مناقض لحقيقته الشرعية .

اقتران الصيغة بالشرط .

صيغة العقد قد تـكون منجزة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى زمن مستقبل ولـكن يقترن بها شرط زائد يشترطه أحد العاقدين لتحقيق منفعة له ويقبله الطرف الآخر ، ومن أمثلة ذلك :

أن تقول المرأه : تزوجتك بشرط أن تعجل لى جميع المهر ، أو على أن تسكننى بعيداً عن أهلك أو زوجتك الأولى ، أو يقول الرجل : تزوجتك على ألا مهر لك ولا نفقة ، أو على أن تقومى بنفقات المنزل . . إلى غير ذلك من الشروط التى يشترطها أحد العاقدين لما يرى فيها من المصلحة . فإذا اقترنت صيغة العقد بشرط من هذه الشروط لم يمنع ذلك من انعقاد العقد لـكون الصيغة منجزة ولكن قد يترتب على هذا الاقتران تأثير فى العقد من ناحية أخرى تبعاً لصحة الشروط التى تقترن به وعدم صحتها ، وسنبين أولا الشروط التى يصح اشتراطها والتى لا يصح ثم نبين تأثير الشروط فى العقد الذى تقترن به أوعدم تأثيرها ومدى هذا التأثير .

١ — الشروط التى يصح اشتراطها والتى لا يصح .

اختلفت كلمة الفقهاء فى هذه المسألة اختلافاً كبيراً ولهم فيها تفصيلات وآراء متشبعة فللحنفية آراؤهم وتفصيلاتهم ولـكل من الشافعية والمالـكية والحنابلة آراؤهم وتفصيلاتهم كذلك، وسنقتصر على بيان مذهب الحنفية لأنه المذهب الذى يجرى عليه عمل المحاكم إلى الآن فى هذه المسألة ، ومذهب الحنابلة لأنه المذهب الذى ينبغى أن يكون عليه العمل على ماسنبينه ، وماجاء فى مشروع القانون الجديد للأحوال الشخصية.

١ — مذهب الحنفية : تنقسم الشروط التى تقترن بعقد الزواج عند الحنفية إلى شروط صحيحة وشروط فاسدة أو باطلة .

فالشروط الصحيحة : هى التى يقتضيها عقد الزواج أو تؤكد ما يقتضيه أو التى ورد الشرع بجوازها أو جرى العرف بها ،فهى أنواع أربعة :

النوع الأول : شروط يقتضيها العقد ، وهى التى يكون موجبها حكما من أحكامه وأثراً من آثاره ، ومن أمثلتها اشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يحسن معاشرتها ، واشتراط الزوج على الزوجة ألا تخرج من البيت بغير إذنه ، فإن هذه الشروط لا تثبت شيئاً جديداً غير مايقتضيه العقد ويوجبه ، لأن مضمونها ثابت يجب الوفاء به حتى ولو لم يشترطه أحد العاقدين ، فاشتراطها وعدم اشتراطها سواء ، ولهذا كان من الأحسن أن لا يعد هذا النوع من الشروط ، لأن المقصود منها الشروط التى تثبت شيئاً زائداً على مايوجبه العقد أو تنفى شيئاً مما يجب به ،وهذا النوع لا يفيد شيئاً من ذلك .

النوع الثانى : الشروط المؤكدة لمقتضى العقد ، ومن أمثلتها اشتراط الزوجة أن يكون والد الزوج ضامناً للمهر والنفقة ، فإن الضمان يؤكد الحصول على المهر والنفقة، وكلاهما مما يقتضيه عقد الزواج ويوجبه ،ومن هذا اشتراط الجمال أوالسلامة من المرض أو أن تكون المرأة متعلمة وما أشبه ذلك .

النوع الثالث : الشروط التى ورد الشرع بجوازها ، وأوجب مراعاتها ، وإن لم تكن من مقتضى العقد أو مؤكدة لمقتضاه ، ومن أمثلتها اشتراط الزوج أن يكون له الحق فى طلاق الزوجة ، واشتراط الزوجة أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت .

النوع الرابع :الشروط التى جرى العرف بها،ومن أمثلتها اشتراط المرأة تعجيل

المهر كله أو نصفه إذا جرى بذلك عرف البلد الذى حصل فيه عقد الزواج .

والشروط الفاسدة أو الباطلة هى التى لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد الشرع بجوازها ولم يجر بها العرف ، ومن أمثلتها أن تشترط المرأة على من يتزوجها أن يسكنها فى بيت أهلها أو ألا ينقلها من بلدها أو ألا يتزوج عليها ، أو يشترط الرجل على من يتزوجها ألا يدفع لها مهراً أو تنفق عليه وما أشبه ذلك.

ب — مذهب الحنابلة : تنقسم الشروط التى تقترن بعقد الزواج عند الحنابلة إلى شروط صحيحة وشروط غير صحيحة ، ويطلق عليها الشروط الباطلة أو الفاسدة .

فالشروط الصحيحة عندهم : هى التى يكون فيها منفعة لأحد العاقدين ولم يرد عن الشارع نهى عنها ، وافقت مقتضى العقد أو لم توافقه ما دامت لا تخل بالمقصود منه. وأمثلتها كثيرة ، منها ما إذا اشترطت المرأة على من يتزوجها ألا يخرجها من بيت أهلها أو لا ينقلها من بلدها أو ألا يسافر بها أو ألا يتزوج عليها ، أو اشترط الرجل فيمن يتزوجها أن تكون بكراً أو جميلة أو متعلمة ونحو ذلك من الصفات التى يرغب فى المرأة من أجلها .

والشروط غير الصحيحة : هى التى ورد عن الشارع النهى عنها أو التى تناقض مقتضى العقد وتخل بالمقصود منه، كأن تشترط المرأة على من يتزوجها أن تخرج من البيت كما تشاء وفى أى وقت تريد ، أو أن يطلق ضرتها أو لا يقسم لها أو ألا ينفق عليها أو يشترط الرجل ألا مهر لها أو ألا ينفق عليها ، أو أن تنفق عليه فهذه الشروط كلها باطلة فى نفسها لأنها تنافى مقتضى العقد أو تخالف أحكام الشريعة .

ومن هذا يتبين أن الحنابلة يتوسعون فى الشروط أكثر من الحنفية فقد أجازوا الشروط التى سكت الشارع عنها ولم يرد عنه ما يدل على جوازها أو تحريمها ما دامت لا تناقض مقتضى العقد ولا تخل بالمقصود منه ، وذلك كاشتراط

الزوجة على زوجها ألا ينقلها من منزل أبويها أو ألا يسافر بها أو ألا يتزوج عليها وما أشبه ذلك ، ومنع الحنفية جواز هذه الشروط ولم يوجبوا الوفاء بها .

وفى رأينا أن ما ذهب إليه الحنابلة هو الراجح لأنه الرأى الذى يتفق مع قواعد الشريعة ويتلاءم مع مبادئها العامة التى بنيت على السهولة واليسر ورفع الحرج عن الناس وتحقيق أغراضهم المشروعة كما دل على ذلك قول الله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »[1] ، وقوله جل شأنه « وما جعل عليكم فى الدين من حرج »[2] .

٢ – تأثير الشرط فى العقد وعدم تأثيره ومدى هذا التأثير

نقصد بتأثير الشرط فى العقد الحكم الذى يترتب على اشتراطه فى العقد من تقييده للعقد ولزوم الوفاء به وثبوت الخيار لصاحب الشرط فى فسخ العقد عند فوات ما شرطه أو فساد العقد وعدم صحته .

وهذا التأثير يختلف باختلاف نوع الشرط الذى يقترن بالعقد فإن كان الشرط صحيحاً « على حسب اختلاف الفقهاء فى الشرط الصحيح ما هو ؟ » التحق بأصل العقد ووجب الوفاء به على من التزمه ، غير أنه إذا لم يف الملتزم بالشرط أو لم يتحقق مضمون الشرط لم يكن لمن اشترطه الخيار فى فسخ العقد . فلو شرطت المرأة على الزوج ألا يتزوج عليها ثم تزوج عليها لم يكن للزوجة الخيار فى فسخ العقد من أجل فوات الشرط ، ولو شرط الرجل فى المرأة أن تكون بكراً أو جميلة أو متعلمة ثم ظهرت على خلاف ذلك لم يكن للزوج الخيار فى فسخ العقد ، وهذا عند الحنفية ، وهو ما يجرى عليه العمل فى المحاكم .

---

(١) آية : ١٨٥ من سورة البقرة (٢) آية : ٧٨ من سورة الحج .

ووجهتهم فى ذلك : أن فوات الشرط يترتب عليه فوات الرضا بالعقد ، وفوات الرضا لا أثر له فى عقد الزواج ، ولهذا يصح الزواج ويكون لازماً عندهم مع الإكراه عليه .

وقال الحنابلة : إذ لم يف العاقد بالشرط أو لم يتحقق مضمون الشرط كان لصاحب الشرط الحق فى فسخ العقد ، لأن صاحب الشرط لم يرض بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط ، فإذا لم يتحقق الوفاء به فات رضاه بالعقد ، والرضا أمر لابد منه فى عقد الزواج فى حالتى الابتداء والبقاء إذ لاخير فى بقاء عقد فقد فيه الرضا من الجانبين أو من أحدهما .

وهذا الرأى فى نظرنا هو الرأى الصحيح الذى يجب الأخذ به ولا يصح العدول عنه إلى غيره ، وعلى هذا الرأى لو كان الشرط للزوج ولم يتحقق ما شرطه واختار فسخ العقد فإن كان الفسخ قبل الدخول فلا شيء للمرأة وإن كان بعد الدخول وجب لها المهر ، ولكنه يرجع به على الولى إن كان هو الذى غره ، ويرجع على المرأة إن كانت هى التى غرته . وإن كان الشرط للزوجة واختارت الفسخ فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها وإن كان بعد الدخول كان لها المهر كله ، قال ابن القيم فى « زاد المعاد [١] » وإذا اشترط السلامة أو اشترط الجمال فبانت شوهاء ، أو شرطها شابة حديثة السن فبانت عجوزاً شمطاء أوشرطها بيضاء فبانت سوداء ، أو بكرا فبانت ثيباً فله الفسخ فى ذلك كله ، فان كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فلها المهر وهو غرم على وليها إن كان غره وإن كانت هى الغارة سقط مهرها أو رجع عليها به إن كانت قبضته نص على هذا أحمد فى إحدى الروايتين عنه فيما إذا كان الزوج هو المشترط ، والذى يقتضيه مذهبه

(١) ج ٤ ص ٣١ ، ٣٢ .

وقواعده أنه لافرق بين اشتراطه واشتراطها بل إثبات الخيار لهـا إذا فات ما اشترطته أولى لأنها لاتتمكن من المفارقة بالطلاق فإذا جاز له الفسخ مع تمكنه من الفراق بغيره فلأن يجوز لها الفسخ مع عدم تمكنها أولى، وإذا جاز للزوجة أن تفسخ الزواج إذا ظهر الزوج ذا صناعة دنيئة لاتشينه فى دينه ولا فى عرضه وإنما تمنع كمال لذتها واستمتاعها به فإذا شرطته شاباً جميلا صحيحاً فبان شيخاً مشوها أعمى أطرش أخرس أسود فكيف تلزم به وتمنع من فسخ العقد؟ هذا فى غاية الامتناع والتناقض والبعد عن القياس وقواعد الشرع .

وإن كان شرطـاً فاسداً أو باطلا فلايتقيد العقد به ولا يلزم الوفاء به باتفاق الفقهاء ، أما تأثيره فى صحة العقد وعدم تأثيره فهو محل خلاف كبير بين الفقهاء ومذهب الحنفية فى ذلك أن الشرط مهما كان باطلا لا يوجب فساد العقد ، لأن الزواج عندهم لايفسد بالشروط الفاسدة أصلا ، وإنما يلغو الشرط ويبقى العقد صحيحاً تترتب عليه أحكامه وآثاره .

والحنابلة يوافقون الحنفية فى هذا غير أنهم استثنوا بعض الشروط وجعلوها مؤثرة فى صحة العقد ، ومن هذه الشروط اشتراط تأقيت الزواج ، وهو ما يعرف فى الفقه باسم « زواج المتعة » أو «الزواج المؤقت» الذى سيأتى الكلام فيه ومنها اشتراط طلاق المرأة فى وقت معين واشتراط الخيار فى فسخ الزواج للزوجين أو لأحدهما فهذه الشروط باطلة فى نفسها ، ويبطل بها الزواج عندهم (١) .

أما مشروع القانون الجديد للأحوال الشخصية فقد اتجهت فيه اللجنة إلى تفصيل جديد للشروط يتفق فى جملته مع مذهب الإمام أحمد ، فقسمت الشروط ثلاثة أقسام :

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٤٥١

١ — شروط باطلة يبطل الزواج باشتراطها فيه ، وهى الشروط التى تنافى أصل الزواج ، كاشتراط عدم الاستمتاع الزوجى .

٢ — شروط باطلة لايلزم الوفاء بها ويكون العقد معها صحيحاً وهى الشروط التى لاتنافى أصل العقد ولكنها تنافى مقتضاه ، أو التى تكون محرمة شرعا على الرأى الراجح فى المذاهب الأربعة ، وذلك كاشتراط عدم المهر أوإنفاق الزوجة على الزوج ، وكاشتراط المرأة أن تسافر وحدها ، أوأن يطلق زوجته الأخرى.

٣— شروط صحيحة وهى التى لاتنافى أصل العقد ولا مقتضاه وليست محرمة شرعاً ، وهذه يجب الوفاء بها ، وإذا حصل الإخلال بشرط منها كان لمن شرط له الحق فى طلب فسخ الزواج ، كاشتراط أحد الزوجين فى الآخر وصفا معينا ، واشتراط المرأة على الرجل ألا يتزوج عليها ، وإليك نص المادة (٢٨) المتعلقة بالشروط فى الزواج كما جاءت فى المشروع:

ا — إذا اشترط فى عقد الزواج شرط ينافى أصله بطل العقد .

ب — وإذا اشترط فيه شرط لا ينافى أصله ولكن ينافى مقتضاه أو كان محرما شرعا بطل الشرط ، وصح العقد .

حـ — وإذا اشترط فيه شرط لاينافى أصله ولا مقتضاه ، وليس محرما شرعا صح الشرط ، ووجب الوفاء به ، وإذا أخل به من شرط عليه كان لمن شرط له حق الخيار سواء أكان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج .

د — والمحرم هو المتفق على تحريمه فى أرجح الأقوال فى المذاهب الأربعة

هـ — إذا اشترط أحد الزوجين فى الآخر وصفا معينا فتبين خلافه كان للمشترط طلب فسخ الزواج .

و — ويسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه أو رضائه بالمخالفة صراحة أو ضمنا وبالطلاق البائن .

شروط صحة الزواج :

ويشترط لصحة الزواج ما يأتى :

١ — الشهادة على الزواج ، والكلام على هذا الشرط فى أربعة مواضع .

الأول : فى آراء الفقهاء فى لزوم الشهادة .

الثانى : فى الوقت الذى تلزم فيه الشهادة .

الثالث : فى الحكمة فى لزوم الشهادة .

الرابع : فى الصفات التى يجب توافرها فى الشهود لتكون شهادتهم صحيحة

أما الأول فإن الفقهاء يختلفون فى لزوم الشهادة فى الزواج على قولين : « القول الأول » وهو رأى الجمهور ومنهم الأئمة الأربعة أن الشهادة شرط فى الزواج لا يصح بدونها لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشهود » وروى ابن حبان عن عائشة رضى الله تعالى عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل » وهو صريح فى وجوب الإشهاد على الزواج ولزومه ، وأن الزواج لا يصح بدون الشهادة .

ولأن عقد الزواج له شأن عظيم فى نظر الإسلام لما يترتب عليه من المصالح الدينية والدنيوية فيناسبه إشهار شأنه وإذاعة أمره ، وأقل ما يتحقق به ذلك حضور شاهدين مع العاقدين ، لأن السر لا يكون بين أربعة أشخاص قال الشاعر :

وسرك ما كان عند امرىء ... وسر الثلاثة غير الخفى

« والقول الثانى » وهو قول ابن أبى ليلى وأبى ثور وأبى بكر الأصم[١] أن الشهادة فى الزواج لا تشترط ولا تلزم بل يكون الزواج صحيحاً ولو لم يحضره أحد سوى الزوجين .

وحجتهم فى ذلك : أن الآيات الواردة فى القرآن فى شأن الزواج لا تشترط الإشهاد عليه كقول الله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » وقوله سبحانه « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » فيعمل بها على إطلاقها ولا يصح تقييدها بشىء إلا إذا قام الدليل على هذا التقييد ، وما ورد من الأحاديث التى تدل على وجوب الإشهاد على الزواج لا تصلح مقيدة للكتاب لأنها من قبيل أخبار الآحاد .

وهذا القول باطل لا يصح العمل به ولا التعويل عليه لمخالفته للحديث الذى يدل على وجوب الإشهاد على الزواج ، وهو حديث مشهور يصح أن يقيد به مطلق الكتاب .

وأما الثانى فإن جمهور الفقهاء — بعد أن اتفقوا على لزوم الشهادة فى الزواج — اختلفوا فيما بينهم فى الوقت الذى تلزم فيه هذه الشهادة ليكون الزواج صحيحاً فقال المالكية : إن الشهادة لا يلزم تحققها وقت إنشاء العقد وإنما اللازم هو تحققها عند الدخول ، فإذا تحققت الشهادة وقت العقد أو عند الدخول كان العقد فاسداً والدخول بالمرأة معصية[٢] .

وقال الحنفية والشافعية والحنابلة : إن الشهادة يلزم تحققها وقت إجراء العقد فإن أجرى العقد بدونها كان فاسداً حتى ولو تحققت الشهادة بعده وقبل الدخول بالمرأة .

---

(١) المصدر السابق ج ٧ ص ٣٣٩ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤ .

ومن أمعن النظر فى الحديث المفيد لوجوب الإشهاد على الزواج وفهم السر فى لزوم هذه الشهادة لا يخفى عليه رجحان هذا القول .

وأما الثالث وهو الحكمة فى اشتراط الشهادة على الزواج وانفراده بذلك من بين سائر العقود والتصرفات فهى تكريم هذه السنة الاجتماعية وإعلان شأنها وإظهار أمرها بين الناس على وجه يدفع الشبهات وقالات السوء عن الزوجين إذا ما رأى الناس الرجل يتردد على المرأة ويقيم معها فى مسكن واحد ويعاشرها معاشرة الأزواج .

ولأن بالشهادة على الزواج تحصل التفرقة بين الحلال والحرام فلا يستطيع أصحاب المقاصد السيئة أن يتستروا بادعاء الزواج عندما تثبت عليهم المعاشرة غير البريئة ، كما يحصل بالشهادة على الزواج التوثق لأمره والاحتياط لإثباته عند الحاجة إلى ذلك ، ولهذا كان من المستحب فى نظر الشارع أن يجمع له الناس وأن يشهر ويذاع أمره بضرب الدفوف والغناء وإطعام الطعام وإقامة الولائم حسب المقدرة ، فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدفوف » .

وروى أن عائشة زوجت إحدى قريباتها رجلا من الأنصار فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أهديتم الفتاة ؟ قالوا : نعم ، قال : أرسلتم معها من يغنى قالت : لا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن الأنصار قوم فيهم غزل أى ميل للطرب فلو بعثتم معها من يقول أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم ، ولما تزوج عبدالرحمن ابن عوف قال له النبى صلى الله عليه وسلم « أولم ولو بشاة » (١) .

---

(١) انظر نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ١٥٩ — ١٦١ .

وأما الموضوع الرابع وهو الشروط التى يلزم توافرها فى شهود الزواج لتصح شهادتهم فإنها ترجع فى جملتها إلى إظهار شأن الزواج وتكريمه والحيلولة دون محاولة أحد الزوجين إنكاره، وهذه الشروط هى :

١ - العقل : فلا يصح الزواج بحضور المجانين والصبيان ومن فى حكمهم لأنه لا يتحقق بحضورهم المقصود من اشتراط الشهادة وهو إظهار خطر العقد وأهميته إذ لا خطر فى حضور هؤلاء .

٢ - البلوغ ، فلا يصح الزواج بحضور الصبيان ولو كانوا مميزين ، لأنه لا يتحقق بحضورهم الإعلان ولا التكريم على الوجه الكامل الذى يكون بحضور الرجال البالغين .

٣ - الإسلام إذا كان كل من الزوجين مسلما فلا يصح زواج المسلم بالمسلمة بشهادة غير المسلمين ، وهذا باتفاق الفقهاء ، وذلك لما تقرر من أن الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم لقوله تعالى « ولن يجعل الله الكافرين على المؤمنين سبيلا » (١) .

ولأن الغرض من الشهادة إعلان الزواج وإشهاره بين المسلمين ، وهذا لا يتحقق بحضور غير المسلمين وحدهم .

أما إذا كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية فلا يشترط إسلام الشهود عند أبى حنيفة وأبى يوسف فيصح عندهما زواج المسلم بالمسيحية بشهادة الكتابيين سواء كانا مسيحيين مثلها أم مخالفين لها فى الدين بأن كانا يهوديين .

ووجههما فى ذلك : أن الشهادة فى الزواج شهادة على المرأة وليست شهادة

---

(١) آية : ١٤١ من سورة النساء .

على الزوج ، لأن الحل الثابت له بمقتضى عقد الزواج أقوى أثرا من الحل الثابت للزوجة ، لاشتراكه مع الزوجة فى أصل الاستمتاع وزيادته عليها بحق الاختصاص بحيث لاتحل لأحد سواه ، والشهادة يراعى فيها جانب من يكون عليه الحق الغالب فيكون هو المشهود عليه ، وإذا كانت الشهادة على المرأة فيراعى جانبها ، فإن كانت كتابية صح الزواج بشهادة الكتابيين وإن كانت مسلمة لم يصح الزواج بشهادة الكتابيين .

وعلى هذا القول يجرى العمل فى المحاكم . وهناك قول ثان لمحمد وزفر من الحنفية ويوافقهما عليه باقى الأئمة وهو اشتراط الإسلام فى الشهود إذا كان الزوج مسلماً فلا يصح عندهم زواج المسلم بالمسيحية بشهادة الكتابيين سواء أكانوا من أهل دينها أم من أهل دين آخر .

ووجهتهم فى ذلك : أن الشهادة على العقد ، والعقد يتعلق بالزوج والزوجة معا ، فلو جازت هذه الشهادة لكان فيها شهادة غير المسلم على المسلم وهو الزوج ولا تجوز شهادة غير المسلم على المسلم . وهذا القول فى نظرى هو الراجح لقوة حجته .

وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية قول أبى حنيفة وأبى يوسف فنصت فى الفقرة الثانية من المادة الثامنة من المشروع على ما يأتى :

« ويشترط إسلام الشاهدين إذا كان الزوجان مسلمين ، ويكتفى بشهادة كتابيين فى زواج المسلم بالكتابية » .

٤ — التعدد : ويتحقق ذلك بحضور رجلين أو رجل وامرأتين فلا يصح العقد بحضور رجل واحد سوى الزوجين أو من يمثلهما ، ولا بحضور رجل

وامرأة واحدة ولا بحضور النساء وحدهن مهما كثر عددهن ، لقول الله تعالى في آية المداينة « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل أحداهما فتذكر إحداهما الأخرى »(١)

فإنه — جل شأنه — بين في هذه الآية نصاب الشهادة وأنه رجلان أو رجل وامرأتان ، وهي واردة في الشئون المالية التي لا تطلب الشهادة فيها إلا على سبيل الندب والاستحباب ، كما هو رأي أكثر الفقهاء فإذا كان نصاب الشهادة في هذه الشئون لا يقل عن رجلين أو رجل وامرأتين فيجب ألا يكتفي بأقل من ذلك في الزواج الذي جعلت الشهادة شرطاً لصحته ، وقد روى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب أتي بزواج لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة ، فقال : هذا زواج السر ولا أجيزه ، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت » يريد بهذا أنه لو كان صدر منه أمر قبل ذلك بالمنع من هذا الزواج لكان معلوما للناس وبذلك يستحق من يقدم عليه الرجم ، ولأن شهادة النساء وحدهن لاتجوز عند جمهور الفقهاء إلا في مسائل مستثناة وهي المسائل الخاصة بالنساء والتي لا يطلع عليها الرجال عادة وليس عقد الزواج من هذه المسائل ، وأيضاً فإن المقصود من الشهادة إظهار الزواج وإعلانه وهذا لا يتحقق بحضور النساء وحدهن ، لأن الشأن في النساء المسلمات ألا يغشين مجالس الرجال ومجتمعاتهم العامة .

ومما يتفرع على اشتراط التعدد في الشهود على الزواج أن الأب إذا وكل شخصاً في زواج ابنته فأجرى الوكيل العقد مع الزوج بحضور شاهد واحد فإن كان الأب حاضراً في مجلس العقد وقع العقد صحيحاً ، لتوافر نصاب

---

(١) آية : ٢٨٢ من سورة البقرة

الشهادة ، لأن الأب حينئذ يعتبر مباشرا للعقد ويعتبر الوكيل شاهداً مع الشاهد الآخر ، لأن القاعدة المقررة : أن الأصيل فى العقد متى كان حاضراً انتقلت عبارة الوكيل إليه واعتبر هو المباشر للعقد .

وإن لم يكن الأب حاضرا فى مجلس العقد لم يقع العقد صحيحاً لأنه لم يحضره إلا شاهد واحد ، لأن الأب فى هذه الحالة لايمكن أن يجعل مباشراً للعقد مع غيابه عن المجلس كما لا يمكن أن يجعل الوكيل شاهدا لأنه المباشر للعقد فلم يتحقق نصاب الشهادة وهو رجلان أو رجل وامرأتان .

٥ — سماع الشهود كلام العاقدين فى وقت واحد مع فهمهما المراد منه إجمالا وإن لم يفهما معانى المفردات ، فلو سمع أحد الشاهدين الإيجاب والقبول ثم غاب عن المجلس وأعيد العقد بشطريه فى المجلس بحضرة الآخر لم يصح العقد ، وكذلك لو سمع الشاهدان معا كلام أحد العاقدين ولم يسمعا كلام الآخر أو سمع أحدهما كلام أحد العاقدين وسمع الثانى كلام العاقد الآخر لم يصح العقد .

وإذا عقد الزواج بحضور شاهدين وكانا نائمين أو أصمين لا يسمعان شيئا أو كانا لا يفهمان المراد مما يسمعانه فلا يصح العقد بشهادتهما ، وكذلك لو عقد الزواج بحضرة السكران الذى لا يعى مايسمع ولا يذكره بعد إفاقته لا يكون صحيحاً .

هذا : ولا يشترط فى الشهود فى الزواج العدالة عند أئمة الحنفية فيصح العقد عندهم بشهادة الفاسق ، وقال الشافعية والمالكية والحنابلة : إن العدالة شرط لصحة الشهادة فلا يصح الزواج بشهادة الفاسق ، ويكفى فى تحقق عدالة الشاهد أن يكون مستور الحال غير معروف بالفسق ، ودليلهم على ذلك :

أولا : ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل » ففى هذا الحديث أن الزواج

إذا عقد بشهادة الفاسق كان باطلا ، وهذا يدل على أن العدالة شرط لصحة الشهادة على الزواج .

وثانيا : أن الشهادة على الزواج شرعت لأغراض كثيرة ، ومن هذه الأغراض إظهار شأن الزواج وتكريمه ، ولا يتحقق هذا بحضور الفاسق لأن الفاسق ليس أهلا للكرامة فى نفسه حتى يكرم العقد بحضوره وإنما هو أهل للإهانة .

أما الحنفية فاستدلوا على رأيهم بأن الفاسق أهل لأن ينشىء العقد لنفسه ولغيره فيصلح أن يكون شاهداً فيه بالطريق الأولى ، لأن كلا من الإيجاب والقبول ركن للعقد ، والشهادة شرط له فإذا كان الفاسق يصلح للقيام بركن هذا العقد بنفسه فأولى أن يصلح للقيام بشرطه .

وبأن الغرض من الشهادة إظهار شأن الزواج وتكريمه وهذا يتحقق بحضور الفساق كما يتحقق بحضور غيرهم .

وعلى مذهب الحنفية يجرى العمل فى المحاكم وإن كان مذهب الشافعية ومن معهم هو الراجح لاستناده إلى الحديث الذى يدل على صحة ماذهبوا إليه ، وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بولى وشاهدى عدل » وهو حديث صحيح — كما قال ابن حبان — فيصح العمل به والاعتماد عليه ، أما حمل هذا الحديث على أن المقصود منه الإرشاد إلى ماهو الأفضل والأولى فى الشاهد على عقد الزواج — كما قال الحنفية — فهو تكلف ظاهر ومخالف لما يدل عليه آخر الحديث .

وكذلك لايشترط فى الشهود البصر فيصح عقد الزواج بشهادة الأعمى كما هو الرأى المختار فى مذهب الحنفية — لأن الغرض من الشهادة على الزواج تكريمه وإظهار شأنه وإعلانه بين الناس ، وهذا يتحقق بشهادة الأعمى ، لأن الأعمى يمكنه أن يعلم بأن فلانة بنت فلان تزوجت بفلان ابن فلان ، وهذا كاف فى الإعلان ، لأن الفقهاء يقررون أن معرفة الشهود للزوجين تتحقق بمعرفة

اسم كل منهما واسم أبيه ، ولا تتوقف صحة الزواج على التمييز بين شخصى الزوجين ، بل قالوا : إن معرفة الاسم ليست بشرط إذا انتفت الجهالة ، كما إذا كان لرجل بنت واحدة فقال لرجل آخر زوجتك ابنتى وكان ذلك معلوماً للشهود ، فإن العقد يصح وإن لم يعلم الشهود اسم الزوجة لانتفاء الجهالة .

ولا يشترط فى الشهود أيضاً أن يكونوا ممن لا ترد شهادتهم للزوجين فى القضاء ، وعلى هذا يصح الزواج بشهادة أبوى الزوجين ، كما إذا تولى الزوج والزوجة إنشاء عقد الزواج بحضور أبى الزوج والزوجة ، ويصح أيضاً بشهادة ابنى الزوج من امرأة أخرى ، وبشهادة ابنى الزوجين كما لو طلق الرجل زوجته طلقة بائنة وكان له منها أولاد ثم عقد عليها بشهادة ابنيه منها فإن العقد يكون صحيحاً .

وينبنى على صحة الزواج بشهادة الأبوين أنه إذا تولى الأب زواج ابنته الكبيرة برضاها فأجرى العقد بحضورها وحضور شاهد آخر فإن العقد يكون صحيحاً لتوافر نصاب الشهادة ، إذ الأب فى هذه الحالة يجعل شاهداً مع الشاهد الآخر وتجعل الزوجة هى المباشرة للعقد ، وذلك لأنها لما رضيت بمباشرة أبيها عقد الزواج كان الأب وكيلا عنها فى ذلك ، والقاعدة : أن الأصيل فى العقد إذا كان حاضراً فى مجلس العقد تنتقل إليه عبارة الوكيل ويجعل هو المباشر للعقد .

أما إذا أجرى الأب عقد الزواج وهى غائبة عن مجلس العقد فلا يكون العقد صحيحاً ، لعدم توافر نصاب الشهادة ، لأن الأب فى هذه الحالة يكون هو العاقد حقيقة وحكما ، والعاقد لا يكون شاهداً ، فلم يبق للعقد إلا شاهد واحد فلا يكون صحيحاً .

٢ — والشرط الثانى من شروط صحة الزواج ألا تكون المرأة محرمة

على الرجل تحريماً فيه شبهة أوخلاف بين الفقهاء ، فإن كانت محرمة بدليل ظنى أو كان التحريم ممايخالف فيه بعض الفقهاء كان العقد فاسداً ، وذلك كتزوج العمة على ابنة أخيها ، والخالة على ابنة أختها وتزوج المعتدة من طلاق بائن ، وتزوج أخت المطلقة التى لاتزال فى العدة فإن الزواج يقع فاسداً تترتب عليه بعض الآثار ، سيأتى بيانها فى الكلام على أحكام الزواج .

ومما تقدم يتبين أن تحريم المرأة على الرجل إذا كان تحريماً قطعياً لاشبهة فيه ولاخلاف فيه لأحدمن الفقهاء كان وجوده سبباً لبطلان الزواج وعدم انعقاده ، وذلك كتحريم الأم والبنت والأخت وغيرهن من المحارم التى سنذكرها بعد .

وإذا كان تحريماً ظنياً فيه شبهة أو كان فيه خلاف لبعض الفقهاء كان وجوده سبباً لفساد الزواج كتحريم المعتدة من طلاق بائن أو أخت المطلقة التى لاتزال فى العدة وما أشبه ذلك .

وأن انتفاء الأول شرط من شروط انعقاد الزواج بحيث إذا تخلف كان العقد باطلا لايترتب عليه أثر من الآثار ، وأن انتفاء الثانى شرط من شروط صحة الزواج بحيث إذا تخلف كان الزواج فاسداً تترتب عليه بعض الآثار(١) .

---

(١) جرى كثير من المؤلفين فى فقه الحنفية على اعتبار حل المرأة للرجل شرطاً من شروط صحة الزواج وليس شرطاً من شروط الانعقاد ، وأن تحريم المرأة على الرجل الذى يريد التزوج بها سبب من أسباب فساد عقد الزواج لابطلانه سواء كان التحريم قطعياً لايشتبه على الناس ولم يختلف فيه العلماء أم كان ظنياً يشتبه على بعض الناس أو تختلف فيه آراء العلماء ، وبناء على هذا قالوا : إن العقد على الأم أو البنت أو الأخت فاسد أو باطل ، كما أن العقد على معتدة الغير من طلاق بائن أو على أخت المطلقة التي لاتزال فى العدة فاسد أو باطل مع أن التحريم فى النوع

٣ — والشرط الثالث من شروط الصحة أن تكون الصيغة مؤبدة غير مؤقتة بمدة، سواء كانت المدة معينة أم غير معينة، طويلة أم قصيرة، فإن كان الزواج مؤقتاً بمدة كان فاسداً، فلو قال رجل لامرأة: تزوجتك سنة مثلا أو قال لها وهو غريب عن البلد، تزوجتك مدة إقامتى بهذا البلد وقبلت المرأة لم يكن الزواج صحيحاً، لأن المقصود من الزواج المؤقت الاستمتاع الوقتى بالزوجة وهو ينافى الغرض الشرعى من الزواج وهو الاستقرار ودوام العشرة وتكوين الأسرة وتربية الأولاد!. وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى الزواج الذى لا يقصد به إلا المتعة.

وقال زفر من فقهاء الحنفية: إن الزواج المؤقت بوقت زواج صحيح لازم لأن ذكر الوقت فيه يعتبر من قبيل اقتران العقد بشرط فاسد، والزواج – كما تقرر – لا يفسد بالشرط الفاسد مهما كان ذلك الشرط، وإنما يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً.

= الأول تحريم قطعى لا شبهة فيه ولا خلاف فيه لأحد من الفقهاء. والتحريم فى النوع الثانى يخفى على كثير من الناس ويختلف الفقهاء فيه، كما سووا بينهما فى التسمية وكان مقتضى هذا أن يسووا بين النوعين فى الحكم ولكنهم عند الكلام على أحكام الزواج فرقوا بينهما فى ذلك فقالوا: إن النوع الأول لا يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج، وأن الثانى يترتب عليه بعض الآثار.

ومتى كان هناك فرق بين النوعين من ناحية ترتب الآثار وعدم ترتبها كان الواجب التفرقة بينهما فى التسمية وأن يجعل التحريم القطعى سبباً من أسباب البطلان وانتفاؤه شرطا من شروط الانعقاد، ويجعل التحريم الظنى سبباً من أسباب الفساد وانتفاؤه شرطا من شروط الصحة، كما هو رأى المحققين من علماء الحنفية، وهذا هو ما اخترناه وجرينا عليه.

وقد رجح الكمال بن الهمام فى فتح القدير (١) قول زفر، وعد ابن عابدين مسألة الزواج المؤقت من المسائل التى يفتى فيها بقول زفر (٢).

ونحن نرى أن ماذهب إليه الجمهور فى الزواج المؤقت هو الراجح ، لأن الزواج المؤقت فى معنى زواج المتعة الذى سيأتى الكلام فيه ، وإن كان بلفظ النكاح أو الزواج ، لأن العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى وزواج المتعة غير صحيح بالاتفاق فكذلك الزواج المؤقت .

هذا : ولا يعتبر من الزواج المؤقت ماإذا اقترنت صيغة العقد باشتراط التطليق بعد مدة معينة كأن يقول الرجل للمرأة : تزوجتك على أن أطلقك بعد شهر أو سنة ، وتقبل المرأة ذلك ، والحكم فى هذه الصورة أن الزواج يكون صحيحاً ويبطل شرط الطلاق حتى لو مضت المدة التى شرط الطلاق بعدها لم يلزم الرجل إيقاع الطلاق من غير خلاف بين فقهاء الحنفية ، لأن هذا الشرط من قبيل الشروط الفاسدة ، لمخالفته مقتضى العقد والزواج لا يفسد بالشروط الفاسدة ، بل يلغو الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً (٣) .

هذا مايتعلق بالزواج المؤقت ، وهو نوع من الزواج غير المؤبد ، وهناك نوع ثان يعرف فى الفقه باسم « زواج المتعة » وهذا النوع يختلف عن النوع الأول من جهة المعنى والحكم ، وبيان هذا كما يأتى :

زواج المتعة :

زواج المتعة هو الزواج الذى لا يراد به دوام العشرة والقرار لتربية

---

(١) جـ ٢ صـ ٣٨٧ .

(٢) رد المحتار على الدر المختار الشهير بحاشية ابن عابدين جـ ٢ صـ ٦٨٦

(٣) المصدر السابق جـ ٢ صـ ٣٠١ .

الأولاد ، وإنما يقصد به مجرد الاستمتاع الوقتى ، وكان بلفظ التمتع أو الاستمتاع وذلك كأن يقول رجل لامرأة : أعطيك كذا لأتمتع بك كذا يوما أو كذا شهراً ، وتقبل المرأة ذلك .

فالفرق بينه وبين الزواج المؤقت أن الزواج المؤقت يكون بلفظ النكاح أو الزواج أو مايقوم مقامهما ، وحضره الشهود ، وذكرت فيه المدة ، أما زواج المتعة فإنه يكون بلفظ من مادة التمتع أو المتعة أو الاستمتاع من غير شهود ولا تعيين مدة (١) .

وحكم الزواج المؤقت بيناه فيما تقدم ، أما زواج المتعة فقد اختلف العلماء فيه على النحو الآتى .

قال الأئمة الأربعة وسائر العلماء الذين يقام لرأيهم وزن : إن زواج المتعة باطل غير منعقد أصلا حتى ولو حضره الشهود ، فلا يترتب عليه أى أثر من الآثار

---

(١) هذا ماحاول فقهاء الحنفية أن يفرقوا به بين زواج المتعة والزواج المؤقت ولكن صاحب فتح القدير لم يرتض هذه التفرقة ورأى أن الزواج المؤقت يندرج فى زواج المتعة ، وأنه منه وفرد من أفراده ، لأن زواج المتعة معناه : العقد المؤقت الذى ينتهى بانتهاء الوقت سواء كان بلفظ المتعة أوكان بلفظ النكاح والزواج وسواء حضره الشهود أولم يحضروه ، وإليك ماقاله فى ذلك مع شىء من التصرف « إنه لادليل لهؤلاء الفقهاء على أن نكاح المتعة الذى أباحه النبى ثم حرمه هوما اجتمع فيه مادة (م . ت . ع) وكل ماهو مقطوع به أن النبى صلى الله عليه وسلم أذن فى المتعة وليس من ضرورة ذلك الإتيان بهذا اللفظ بل تحقيق معناه وهو أن يوجد عقد على امرأة لايراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل يعقده إلى مدة معينة ينتهى العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد مادام معها إلى أن ينصرف عنها فلا عقد ، فيدخل فيه ماكان بمادة المتعة والنكاح المؤقت أيضاً فيكون من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وحضره الشهود اهـ « فتح القدير ج ٢ ص ٣٨٤ »

التي تترتب على الزواج كالتوارث بين الزوجين وثبوت نسب الولد من الزوج ووجوب العدة على المرأة إلى غير ذلك من أحكام الزواج .

وحجتهم في ذلك : ماروا. الإمام أحمد ومسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس بعد فتح مكة فقال : يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء ، وإن الله حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا » وقد أكد هذا النهي في حجة الوداع كما رواه الإمام أحمد ، والمنهي عنه حرام لايجوز فعله ،

وقال الشيعة الإمامية : إن زواج المتعة صحيح جائز (١) واستدلوا على ذلك :

أولا : بقول الله تعالى « فمما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » فإنه سبحانه عبر بالاستمتاع دون الزواج ، وبالأجور دون المهور ، والأجر غير المهر والاستمتاع غير الزواج المعروف وحيث إنه أوجب على الرجل إعطاء الأجر في مقابل الاستمتاع بالمرأة فيكون هذا تقريراً لجواز المتعة .

وثانياً : أن زواج المتعة أباحه النبي صلى الله عليه وسلم في بعض الغزوات وكان ابن عباس وبعض الصحابة يقولون بعد ذلك بجوازه فيبقى على الإباحة إلى أن يقوم الدليل على منعه و تحريمه .

ولا حجة لهؤلاء فيما استدلوا به ، أما الآية الكريمة فلأنها واردة في الزواج الشرعي المعروف بدليل ماقبلها وهو قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم. إلى أن قال عز من قائل « وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » فيكون المراد

---

(١) وله - عندهم - شروط وأحكام خاصه ، فمن شروطه الصيغة ولابد أن تكون بواحد من الألفاظ الثلاثة وهي : تزوجتك وأنكحتك ، ومتعتك ، وذكر المهر =

بالاستمتاع فى الآية التمتع الكامل بالدخول بالزوجة الشرعية ، وليس المراد به المتعة التى حرمها الشارع .

ومعنى الأجور فى قوله تعالى « فآتوهن أجورهن » المهور، وإطلاق الأجور على المهور وارد فى غير هذه الآية منها قوله تعالى عقب هذه الآية « فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف» وقوله سبحانه فى سورة المائدة«وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن» وقوله جل شأنه فى سورة الأحزاب (١) « يا أيها النبى إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن » فالأجور فى هذه الآيات كلها معناها المهور التى أوجبها الشارع فى الزواج الذى شرعه لعباده .

وأما دليلهم الثانى فلأن إباحة المتعة إنما كانت فى أول الأمر حيث أباحها النبى صلى الله عليه وسلم فى بعض الغزوات لضرورة قاهرة من ضرورات الحرب ثم نهى عنها ، وحرمها تحريماً مؤبداً إلى يوم القيامة ، يدل على ذلك الحديث الذى رواه الإمام أحمد ومسلم والذى استند اليه الجمهور ، وعلى هذا تكون الإباحة الأولى منسوخة ، والمنسوخ لا يجوز العمل به .

= ويتقدر بالتراضى ولو كان حفنة من القمح ، وتعيين الأجل ، ويقدر أيضا بالتراضى كاليوم والشهر والسنة ، ومن أحكامه ثبوت نسب الولد من الزوج لكن لو نفاه لا يحتاج إلى اللعان. وعدم وقوع الطلاق ،وعدم ثبوت الميراث بين الزوجين إلا إذا اشترط، وإذا انقضى الأجل المتفق عليه وجبت العدة على المرأة فإن كانت من ذوات الحيض فعدتها حيضتان على الأشهر ، وإن كانت ممن تحيض ،ولم تحض فخمسة وأربعون يوماً ، ولو مات عنها فعدتها — فى أشبه الروايتين — أربعة أشهر وعشرة أيام «المختصر النافع ج ١ ص ١٨١ — ١٨٣ »

(١) آية : ٥٠

أما قول ابن عباس بإباحة زواج المتعة فإنما كان فى حال الضرورة فقط ، وظل يفتى بذلك إلى ما بعد عصر الخلفاء الراشدين .

ولعل عذره فى ذلك أنه لم يبلغه الدليل الناسخ لإباحة المتعة أو بلغه وعلم به ولـكن لم يحمل التحريم فيه على أنه تحريم بات مؤبد يشمل حالات الاضطرار وغيرها بل فهمه على أنه تحريم كتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير فلا يباح إلا عند الضرورة القصوى التى يخشى منها الوقوع فى المحرم .

ومع هذا فلم يسكت الصحابة وغيرهم عن الإنـكار عليه وبيان خطئه فى هذا القول ، والأخبار فى ذلك كثيرة ، منها ما روى أن على بن أبى طـالب أنـكر عليه وقال : إنك امرؤ تائه(١) لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر (٢) .

ومنها أن عبد الله بن الزبير قام بمكة فقال : إن ناساً أعمى الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتون بالمتعة « يعرض بابن عباس فإنه كان قد كف بصره » فنـاداه ابن عبـاس فقـال : إنك لجلف(٣) جاف فلعمرى لقد كانت المتعة تفعل فى عهد إمام المتقين ، يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقـال له ابن الزبير . فجرب نفسك ، فوالله لئن فعلتها لأرجمنك بأحجارك(٤) .

---

(١) التائه معناه الحائر الذاهب عن الطريق المستقيم .

(٢) زاد المعاد جـ ٢ صـ ١٨٤ .

(٣) الجلف بكسر الجيم هو الجافى وجمع بينهما للتوكيد والجافى هو الغليظ الطبع القليل الفهم والعلم والأدب لبعده عن أهل العلم والأدب .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ٩ صـ ١٨٨ .

ولكن ابن عباس رجع أخيراً إلى رأى غيره من العلماء وعدل عن رأيه الأول ورأى أن فى قوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين » مايدل على التحريم فى جميع الحالات وأن هذه الآية ناسخة لإباحة المتعة ، فقد روى الترمذى عن ابن عباس أنه قال : إنما كانت المتعة فى أول الإسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت الآية « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين(١) » قال ابن عباس : فكل فرج سوى هذين فهو حرام(٢) . وهذا يدل على أن ابن عباس قد استقر رأيه أخيراً على تحريم زواج المتعة ، وأنه نسخ بهذه الآية بعد أن كان مشروعا .

ومن هذا يتبين أنه لا وجه للشيعة الإمامية فى القول بإباحة زواج المتعة واستمرارهم على العمل به ومخالفتهم ما استقر عليه الرأى بين المسلمين جميعاً .

على أنه يلاحظ على هؤلاء الشيعة أنهم لم يقفوا فى إباحة زواج المتعة على تحقيق الضرورة ، وهى التى أباح الرسول صلى الله عليه وسلم من أجلها هذا النوع من الزواج أول الأمر بل توسعوا فى إباحته وجعلوا الحكم عاماً فى جميع الحالات فأباحوه للمقيم وللمسافر ، وفى حالة الضرورة وغيرها كما يفهم ذلك من كتبهم الفقهية(٣) .

---

(١) آيتا : ٥ ، ٦ من سورة المؤمنين .

(٢) صحيح الترمذى مع شرح الإمام ابن العربى جـ ٥ ص ٥٠

(٣) المختصر النافع فى فقه الإمامية جـ ١ ص ١٨١ — ١٨٣

شروط النفاذ :

أما شروط النفاذ فإنها ترجع إلى أن الذى يتولى العقد يكون له حق إنشائه فاذا تولاه من لا يملك حق إنشائه توقف نفاذه على إجازة من له حق الإنشاء ولذلك اشترط لنفاذ عقد الزواج وترتب آثاره عليه بالفعل بعد انعقاده صحيحاً الأمور الآتية .

الأول : أن يكون كل من الزوجين كامل الأهلية إذا تولى عقد الزواج بنفسه ، وكمال الأهلية يتحقق بالبلوغ والعقل والحرية .

فإذا كان واحد منهما ناقص الأهلية بأن كان معتوهاً أو صغيراً مميزاً أو رقيقاً توقف العقد على إجازة من له الولاية على نفسه ، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل .

أما فاقد الأهلية أصلا كالمجنون والصغير غير المميز فإن زواجه الذى يباشره بنفسه لا ينعقد أصلا كما قدمنا فى شروط الانعقاد .

الثانى : ألا يكون العاقد ولياً أبعد مع وجود الولى الأقرب المقدم عليه ، فإن زوج الولى الأبعد مع وجود من هو أقرب منه كان العقد موقوفاً على إجازة الولى الأقرب .

الثالث : ألا يكون العاقد وكيلا خالف موكله فيما وكله به فإذا وكل شخص غيره ليزوجه فتاة معينة أو بمهر معين ، فزوجه فتاة غيرها أوزوجه بمهر أكثر كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل .

الرابع : ألا يكون العاقد فضولياً « والفضولى هو من لا يكون له ولاية التزويج وقت العقد » فإذا قال شخص لامرأة : زوجتك بفلان وقبلت الزواج

ولم يكن هذا الشخص ولياً على الزوج ولا وكيلا عنه وقت العقد كان الزواج موقوفاً على إجازة الزوج .

زواج السفيه وذى الغفلة :

ولا يشترط فى نفاذ عقد الزواج الرشد ، فيصبح الزواج من السفيه وينفذ ولو كان محجوراً عليه . ومثل السفيه فى هذا ذو الغفلة لأن الحجر عليهما إنما هو فى التصرفات المالية أما التصرفات الشخصية فليست موضع حجر فيصح الزواج منهما وينفذ ولكن لا يثبت به من المهر أكثر من مهر المثل إذا كان السفيه هو الزوج ، ويثبت به مهر المثل على الأقل إذا كان السفيه هى الزوجة .

زواج المكره :

وكذلك لا يشترط عند الحنفية فى نفاذ عقد الزواج عدم الإكراه ، كما لايشترط ذلك فى صحته فعندهم زواج المكره صحيح نافذ تترتب عليه جميع الآثار الشرعية سواء أكان الإكراه تاماً أم ناقصاً ، وقال المالكية والشافعية والحنابلة: إن زواج المكره باطل . وحجتهم فى ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم . . رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » فإنه يفيد رفع الحكم الذى يترتب على الفعل المكره عليه ، ومتى رفع الحكم لم يكن الزواج صحيحاً وما روى أن الخنساء ابنة خدام الأنصارية زوجها أبوها وهى كارهة للزوج ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد زواجها ، وهو صريح فى أن الرضا شرط فى صحة الزواج ونفاذه ، والإكراه يعدم الرضا فلايكون الزواج مع الإكراه صحيحاً أما الحنفية فإنهم استدلوا على رأيهم بأن المكره يتلفظ بالإيجاب أو القبول وهو قاصد مختار ولكنه غير راض بالأثر الذى يترتب عليه ، وعدم الرضا يترتب الأثر

لا يمنع من صحة العقد ونفاذه قياساً على زواج الهازل ، فإن زواجه صحيح لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة» مع أن الهازل لم يقصد الزواج ، وانما قصد اللعب والمزاح ، والمكره مثل الهازل فى ذلك ، فانه قصد النطق باللفظ ولم يقصد الحكم الذى يترتب على هذا اللفظ ،وإنما قصد شيئاً آخر وهو دفع الأذى عن نفسه،فيكون زواجه صحيحاً مثل زواج الهازل .

ورأى الجمهور فى هذه المسألة هو الراجح ، لوجود السنة التى تثبت رأيهم وتؤيده ولا اعتبار للقياس الذى يخالف السنة ويعارضها .

ولهذا اختارت لجنة الأحوال الشخصية هذا الرأى فى مشروع القانون الذى وضعته فنصت فى الفقرة «ج» من المادة « ١٩ » منه على ما يأتى :

« ولا يصح زواج المكره والسكران » .

٤ — شروط اللزوم :

لزوم العقد — كما تقدم — هو ألا يكون لأحد العاقدين ولا لغيرهما حق الفسخ بعد انعقاد الزواج وصحته ونفاذه ، ومن ثم كان لزوم العقد متوقفاً على خلوه مما يوجب الخيار لأحد العاقدين أو لغيرهما فى فسخه ، وهذا يقتضى توافر الشروط الآتية :

الأول: ألا يكون المزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها غير الأصل والفرع [1] من الأولياء ، فلو زوج المجنون أو المعتوه غير الأب والجد كالأخ أو العم كان لكل منهما حق فسخ العقد عند الإفاقة من الجنون أو العته ، ولو كان الزواج بالكفء [2] وبمهر المثل [3] لأن قرابة غير الأصل والفرع قرابة

(١) الأصل هو ما تناسل منه غيره والفرع ما تناسل من غيره .

(٢) الكفء فى اللغة هو المساوى لغيره والمماثل له ، والمراد بالكفاءة عند الفقهاء أن يساوى الرجل زوجته فى أمور مخصوصة سيأتى بيانها فى الكلام على الكفاءة .

(٣) مهر المثل — كما يأتى فى موضعه — المهر الذى تتزوج به امرأة من قوم أبى الزوجة تماثلها وقت العقد فى صفات مخصوصة :

حواشى (١) ، فهم من حيث الشفقة لا يساوون الأصول والفروع فوجب تقييد زواجهم بالمصلحة الظاهرة ، وإعطاء المولى عليه الحق فى فسخ العقد بعد زوال سبب القصر ، ولو كان الزواج بكفء وبمهر المثل .

الثانى : أن يكون الزوج كفئا للزوجة إذا زوجت البالغة العاقلة الرشيدة نفسها ، فلو زوجت نفسها بغير كفء ، وكان لها ولى عاصب (٢) لم يرض بهذا الزواج فلهذا الولى أن يرفع الأمر إلى القاضى ويطلب فسخ الزواج ، وهذا على الرواية الظاهرة فى مذهب الحنفية .

الثالث : ألا يقل المهر عن مهر المثل إذا زوجت البالغة العاقلة الرشيدة نفسها حتى ولو كان الزوج كفئا لها ، فلو زوجت نفسها بكفء وكان المهر أقل من مهر مثلها ولها ولى عاصب لم يرض بهذا المهر فلهذا الولى الحق فى طلب فسخ الزواج إلا إذ قبل الزوج زياده المهر إلى مهر المثل فلا يكن للولى حق الفسخ ، وهذا على رأى أبى حنيفة ، وهو الذى يجرى عليه العمل ، لأن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها ، كما هو جار فى عرف الناس . وسترى لهذه الشروط تفصيلا فى الكلام على الولاية والكفاءة فى الزواج .

الرابع : ألا يكون هناك عيب من العيوب المبيحة لطلب الفرقة على التفصيل الذى سيذكر فى الكلام على فرق الزواج .

هذه هى الشروط الشرعية التى تشترط لعقد الزواج فإذا توافرت هذه الشروط جميعها كان العقد صحيحاً نافذاً لازما شرعا وقانوناً ، ولا اعتراض لأحد

---

(١) الحواشى هم الأشخاص الذين يكون لهم أصل مشترك وليس أحدهم فرعا للآخر كأبناء العم فإن لهم أصلا مشتركا يجتمعون فيه وهو الجد وليس أحدهم ، أصلا ولا فرعا للآخر .

(٢) الولى العاصب هو القريب الذى لا تكون قرابته للمرأة بواسطة الأنثى وحدها كالأب والجد أبى الأب والأخ الشقيق أو لأب والعم الشقيق أو لأب وابن العم كذلك

عليه ، ولو كان أحد الزوجين صغيراً أو لم يكتب عقد الزواج فى وثيقة رسمية لدى الموظف المختص بذلك[١] . أما الشروط القانونية التى وضعها المشرع الوضعى لإجراء عقد الزواج رسمياً ولسماع دعوى الزوجية فهى ليست شروط صحة ولا نفاذ ولا لزوم ، وإنما هى قيود قانونية وضعها المشرع لأسباب اقتضت هذه القيود ، فإذا تخلف شىء منها ترتب عليه أثر قانونى لا دخل له فى الحكم الشرعى ، لأن المشرع الوضعى ليس له أن ينشىء حكما شرعياً دينيا يحل حراماً أو يحرم حلالا .

وإتماما للكلام على شروط الزواج وتبياناً لما يجرى عليه العمل فى المحاكم الآن نذكر الشروط القانونية لإجراء عقد الزواج ولسماع دعوى الزوجية .

١ — الشروط القانونية لإجراء عقد الزواج .

اشترط القانون لإجراء الموظف المختص عقد الزواج وتسجيله أو تسجيل المصادقة عليه (٢) فى الوثيقة الرسمية ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة وألا

---

(١) وقد أصبح الموظف المختص بإجراء عقد الزواج وتوثيقه بمقتضى القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٦ هو المأذون بالنسبة للمصريين المسلمين ، والموثق المنتدب من وزارة العدل بالنسبة للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ، ومكاتب التوثيق أو الممثل الدبلوماسى أو القنصلى بالنسبة للأجانب إذا كان كلا الزوجين أجنبياً ، وإذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة كان المختص بإجراء هذا العقد وتوثيقه هو مكاتب التوثيق ، هذا فى داخل الجمهورية ، أما فى خارجها فالمختص بذلك هو الممثل الدبلوماسى أو القنصلى إذا كان كلا الزوجين مصرى الجنسية ، أو كان أحد الزوجين مصرى الجنسية بشرط الحصول أولا على الترخيص من وزارة الخارجية . « تنازع القوانين للدكتور عز الدين عبد الله ج ٢ ص ٢٥٧ - ٢٦١ » .

(٢) المصادقة على عقد الزواج أن يقر الزوجان لدى الموظف المختص بأنهما عقدا زواجهما فى تاريخ سابق ويطلبان الآن تسجيله فى وثيقة رسمية .

تقل سن الزوج عن ثمانى عشرة سنة هلالية وقت العقد ، كما نصت على ذلك الفقرة الثانية[١] من المادة ٣٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٩٣١ والمعمول بها أمام المحاكم إلى الآن ، فإذا كانت سن أحد الزوجين وقت العقد أقل من هذه السن المحددة فلا يجوز للموظف الرسمى المختص أن يقوم بتحرير عقد الزواج رسمياً بينهما ، كما لا يجوز له أيضاً أن يصادق على عقد زواج مسند إلى ما قبل صدور القانون المذكور إلا إذا كان الزوجان قد بلغا وقت التصادق السن القانونية .

والحكمة التى يقصدها المشرع من وضع هذا القيد — كما جاء فى المذكرة الإيضاحية بشأن هذه الفقرة — أن عقد الزواج له من الأهمية فى الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها ، والعناية بالنسل أو إهماله ، وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعداداً لحسن القيام بها ، ولا تستأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالباً قبل بلوغ سن الرشد المالى [٢] غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبى وما يلزم لتأهيل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك فى زمن أقل مما يلزم للصبى كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة والفتاة ١٦ سنة .

ومع هذا فلم تمتنع الناس من زواج الصغار والصغيرات ، واحتالوا لحمل المأذونين

---

(١) ونص هذا الفقرة « لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة ، وسن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد » .

(٢) ومما تجب ملاحظته أن سن الرشد المالى فى الوقت الذى صدر فيه هذا القانون « سنة ١٩٣١ » كانت ١٨ سنة ثم رفعت إلى ٢١ سنة بمقتضى القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ .

على مباشرة هذه العقود بإخفاء شهادات الميلاد والاستشهاد على بلوغ السن المحددة بشهادات الأطباء أو شهود الزور فاضطر المشرع أن يضع عقوبة لمن يعقد مثل هذا العقد مع علمه به . أو يدلى بمعلومات ينبنى عليها العقد مع علمه بكذبها ، وذلك فى المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ (١) .

وقد كان من نتائج ذلك أن قل الزواج بين صغار السن ، وخفت الأضرار والمشاكل التى كانت تنشأ عن هذا الزواج ، وإن كان الناس لم يمتنعوا عنه نهائياً .

ب — الشروط القانونية لسماع دعوى الزوجية : اشترط القانون لسماع دعوى الزوجية توافر أمرين :

الأمر الأول : ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة وسن الزوج عن ثمانى عشرة سنة هلالية وقت الدعوى ، كما نصت على ذلك الفقرة الخامسة(٢) من المادة (٩٩) من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

فإذا كانت سن الزوجين أحدهما تقل وقت الدعوى عن السن القانونية فلا تسمع

---

(١) ونص هذا المادة « يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانونا لضبط عقد الزواج أقوالا يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك ؛ متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج إذا عقده ، وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة فى القانون » .

(٢) ونص هذه الفقرة « لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة إلا بأمر منا » .

الدعوى بالزواج ، سواء كان النزاع فى الزوجية نفسها أم كان فيما يترتب عليها من الأحكام والآثار مثل النفقة والطاعة والمهر والميراث . وللمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى إذا كانت سن الزوجين أو أحدهما وقت رفع الدعوى أقل من السن المحددة قانوناً للزواج (١) .

وقد فهم بعض القضاة أن هذه السن شرط لسماع دعوى الزوجية إذا كان النزاع فى ذات الزوجية ، أما إذا كان النزاع فى الآثار المترتبة عليها فلا تكون شرطاً لسماع الدعوى ، وعلى هذا لا مانع من سماع الدعوى بالنفقة والطاعة وغيرها من الآثار إذا كانت سن الزوجين أو أحدهما تقل عن السن المقررة قانوناً حين رفع الدعوى(١)، ودفعاً لهذا الفهم أصدرت الوزارة المنشور رقم ٢٩ فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣١ تلفت فيه نظر القضاة إلى العمل بإطلاق الفقرة الخامسة وعدم سماع دعوى الزوجية ممن لم يبلغ السن المحددة مطلقاً سواء كان النزاع فى ذات الزوجية أو فى أثر من الآثار التى تترتب عليها كالنفقة والطاعة (٣) .

وهذا كله فيما عدا دعوى النسب ، أما هى فإنها باقية على حكمها المقرر قبل صدور هذا القانون كما جاء ذلك فى المذكرة الإيضاحية للقانون المتقدم ، ونص عبارتها فى هذا الموضوع « وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعا فى دعاوى النسب بل هذه باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ١٠١ من اللائحة القديمة » (٤) .

---

(١) حكم محكمة استئناف بنى سويف الابتدائيه فى ٢ سبتمبر سنة ١٩٢٥ (مجلة القضاء الشرعى السنة الرابعة ص ١١٢ » .

(٢) حكم محكمة الفيوم الجزئية فى ٢٧ يونية ١٩٢٥ (مجلة القضاء الشرعى السنة الرابعة ص ١١٢) .

(٣) ، (٤) الدليل المرشد لمحمد الغريب ص ٨٨ ، ٨٩ ، ٢٧٣ ،

الأمر الثانى : وجود مسوغ لسماع دعوى الزوجية عند الإنكار ، وهذا المسوغ يختلف باختلاف الوقت الذى يدعى حصول الزواج فيه ، فإن كان الزواج المتنازع فيه ادعى حصوله قبل سنة ١٨٩٧ ، ولدعوى مقامة من أحد الزوجين[١] فلا يشترط وجود دليل كتابى اسماع الدعوى ، بل يكتفى بشهادة الشهود بشرط أن تكون لزوجية معروفة بالشهرة العامة (الفقرة « ٢ » من المادة « ٩٩ » من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١)[٢] .

وإن كان الزواج المتنازع فيه ادعى حصوله فى المدة من أول سنة ١٨٩٧ إلى أول سنة ١٩١١ وأحدالزوجين متوفى فلا تسمع هذه الدعوى إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها سواء أكانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين أم من غيره (الفقرة الأولى من المادة «٩٩» من القانون المتقدم)[٣] ولم يرد فى القانون تحديد لماهية هذه الأوراق فيكون أمر تقديرها متروكا للمحكمة .

وإن كان الزواج المتنازع فيه ادعى حصوله فى المدة من أول سنة ١٩١١

---

(١) فإن كان أحدهما متوفى ورفع دعوى الزوجية أحدالورثة فلا تسمع منه هذه الدعوى إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير .

(٢) ونصها : « ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٨٩٧ فقط بشهادة الشهود بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة » .

(٣) ونص هذه الفقرة « لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أوالإقرار بهما فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ سواء كانت مقامة من أحد =

إلى آخر يوليه ١٩٣١ وأحد الزوجين متوفى فلا تسمع الدعوى إلا إذا كان الزواج ثابتاً بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك سواء كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين أم من غيره (فقرة « ٣ » من مادة « ٩٩ » من القانون المذكور) [١] .

وإن كان الزواج المتنازع فيه ادعى حصوله فى المدة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ فلا تسمع الدعوى به إلا إذا كان ثابتا بوثيقة زواج رسمية[٢] من موظف مختص بتوثيق عقود الزواج سواء أكانت الدعوى فى حال حياة الزوجين أم بعد الوفاة (فقرة « ٤ » من المادة « ٩٩ » من القانون المذكور)[٣] .

ومما تقدم يتبين أنه لا يشترط المسوغ الكتابى لسماع دعوى الزواج إلا عند إنكار الزوجية ، أما إذا كان المدعى عليه مقراً فإن المقر يعامل بإقراره فى أية مدة ادعى حصول الزواج فيها .

= الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها » .

(١) ونصها « ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك » .

(٢) وثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها .

(٣) ونصها : « ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ » .

وأن القانون اشترط المسوغ الكتابي لسماع دعوى الزوجية عند إنكارها في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ سواء أكانت الدعوى في حياة الزوجين أم بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما، ولم يشترط المسوغ الكتابي عند إنكارها في الحوادث السابقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلا بعد وفاة أحد الزوجين. أما في حال حياتهما فلا يشترط المسوغ الكتابي لسماع الدعوى بل تكون في هذه الحالة خاضعة لطرق الإثبات المقررة في المذهب الحنفي.

والحكمة في هذه القيود هي سد الطريق في وجه من يحاول ادعاء الزوجية زوراً وبهتاناً طمعاً في المال أو رغبة في النكاية والتشهير أو ابتغاء غرض آخر.

وهذا مبني على ما لولي الأمر من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة والشخص كما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون (١).

الفصل الثالث

أحكام الزواج

يطلق الحكم عند الفقهاء ويراد به الوصف الشرعي الذي يوصف الشيء به من جهة كونه مطلوب الفعل أو الترك أو مخيرا بين فعله وتركه كالوجوب والحرمة والكراهة والاستحباب والإباحة فيقولون: حكم الزواج الوجوب

---

(١) ويلاحظ أن المحاكم في السودان والسعودية إلى وقتنا الحاضر لم تقيد إجراء عقد الزواج ولا سماع الدعوى به بأي قيد من القيود سوى الشروط الشرعية، فيصح زواج الصغير والصغيرة، ولا يملك المأذون أن يمتنع عن إجراء عقدهما، كما تسمع الدعوى أمام المحاكم السودانية والسعودية بدون وثيقة رسمية ولا مسوغ كتابي

أو الحرمة أو الاستحباب أو الكراهة أو الإباحة على حسب اختلاف أحوال من يريد الزواج .

والكثير الغالب أن يذكر الفقهاء كلمة « الصفة » أو الصفة الشرعية إذا أرادوا هذا المعنى بدلا من كلمة الحكم .

كما يطلق الحكم عندهم ويراد به الأثر الذى يترتب على الشىء المشروع تبعاً لاستيفائه لأركانه وشرائطه الشرعية وعدم استيفائه وهـــذا المعنى هو المقصود هنا .

وحكم الزواج بهـذا المعنى يختلف باختلاف الأنواع التى يتنوع إليها عقد الزواج تبعاً لاستيفائه لأركانه وشرائطه الشرعية وعدم استيفائه على حسب البيان التالى

حكم الزواج اللازم :

الزواج اللازم هو الذى استوفى أركانه وشروط الصحة والنفاذ واللزوم ، ويقال له : الزواج التام ، وتترتب عليه الآثار الآتية :

١ — حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا مالم يمنع منه مانع شرعى .

٢ — وجوب المهر المسمى فى العقد للزوجة على زوجها على تفصيل فى هذا نذكره فى موضعه .

٣ — وجوب النفقة بأنواعها الثلاثة وهى الطعام والكسوة والسكنى مالم تمتنع الزوجة من طاعة زوجها بغير حق ، فإن امتنعت عن ذلك بغير حق فلا تجب النفقة .

٤ — ثبوت حرمة المصاهرة ، وهى حرمة الزوجة على أصول الزوج وفروعه وحرمة أصول الزوجة وفروعها على الزوج ، وسيأتى بيان ذلك فى موضعه .

٥ — ثبوت نسب الأولاد من الزوج إذا توافرت الشروط التى سيأتى بيانهافى ثبوت النسب .

٦ — ثبوت حق التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما فى حال قيام الزوجية أو مافى حكمها .

حكم الزواج غير اللازم :

الزواج غير اللازم هو الذى استوفى أركانه وشروط الصحة والنفاذ ولكنه فقد شرطاً من شرط اللزوم التى بيناها فيما تقدم ، ويقال له: الزواج النافذ ، وحكم هذا النوع من الزواج هو بعينه حكم الزواج اللازم ولافرق بينهما إلا من جهة أن الزواج اللازم لايملك أحد حق فسخه أو الاعتراض عليه ، والزواج غير اللازم يثبت فيه هذا الحق ويكون قابلا للفسخ ممن يملكه .

حكم الزواج غير النافذ :

الزوج غير النافذ هو الذى استوفى أركانه وشروط صحته ، ولكنه فقد شرطاً من الشروط المعتبرة فى النفاذ ، ويقال له : الزواج الموقوف ، وهذا النوع من الزواج — مع كونه صحيحاً — لا يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج قبل إجازته ممن له حق الإجازة ، فلا يحل فيه الدخول بالزوجة ولا تجب فيه نفقة ولا طاعة ولومات أحد الزوجين لا يرثه الآخر ، فإن أجازه من له حق الإجازة أصبح نافذاً وترتبت عليه أحكام الزواج المتقدمة ، ولو حصل دخول قبل الإجازة كان معيصة ولكن تترتب عليه الآثار التى تترتب على الدخول فى الزاوج الفاسد الآتى بيانها .

حكم الزواج الفاسد :

الزواج الفاسد هو الذى استوفى أركانه وشروط انعقاده ، ولكنه فقد

شرطاً من شروط الصحة ، كالزواج بغير شهود ، والزواج المؤقت ، والجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها .

وهذا النوع من الزواج لايترتب على العقد ذاته شيء من آثار الزوجية ، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة ، ولايجب فيه على الرجل للمرأة مهر ولا نفقة ، ولاتجب فيه العدة على المرأة إذا حصلت الفرقة بينهما ، ولاتثبت به حرمة المصاهرة ولايثبت به النسب ، ولا التوارث ويجب عليهما أن يتفرقا ، فإن تفرقا من تلقاء أنفسهما انتهى الأمر وإلا رفع الأمر إلى القاضى ليحكم بالتفرقة بينهما ، وهو من الموضوعات التى ترفع فيها الدعوى حسبة أى لوجه الله تعالى وابتغاء مرضاته من غير أن يكون لرافع الدعوى مصلحة شخصية تترتب على رفعها ، لأنه من باب إزالة المنكر ، ولكن يجب مراعاة مانص عليه فى المنشور رقم ٣٥ لسنة ١٩٣٨[١] .

فإذا دخل الرجل بالمرأة بناء على هذا العقد كان ذلك معصية ووجب التفريق بينهما ولكن لايقام حد الزنا عليهما وإنما يعاقبهما الحاكم بما يراه زاجرا لهما ولأمثالهما عن ارتكاب هذا الجرم وإنما امتنع إقامة حد الزنا عليهما لوجود شبهة العقد ووجود الشبهة يمنع من إقامة الحد ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « ادرءوا الحدود بالشبهات » أى لاتقيموها إذا وجدت الشبهة ، ومع أن الدخول بالمرأة فى العقد الفاسد معصية إلا أنه تترتب عليه الآثار الآتية :

١ — وجوب مهر المثل بالغاً ما بلغ إن لم يكن المهر مسمى فى العقد ، فإن كان المهر مسمى فى العقد وجب الأقل من المسمى ومهر المثل عند أبى حنيفة وصاحبيه ، وقال زفر : يجب فى هذه الحالة مهر المثل بالغاً ما بلغ ،

---

(١) فقد جاء فى هذا المنشور أنه « تحال إعلانات الدعاوى حسبة إلى وزارة الحقانية (وزارة العدل الآن) لتتولى عمل التحريات التمهيدية اللازمة ثم تعاد الإعلانات إلى المحكمة مرفقة بأوراق التحريات لتستعين بها المحاكم فى تفسير النزاع المطروح أمامها ... الخ » انظر الدليل المرشد لمحمد الغريب ص ٥٥ .

وذلك لفساد التسمية بفساد العقد ، فيرجع إلى مهر المثل ، وإنما وجب المهر بالدخول فى الزواج الفاسد لأن الدخول الحقيقى بالمرأة لايخلو فى الشريعة عن أحد أمرين : الحد أو المهر ، والحد قد انتفى لشبهة العقد فيكون الواجب هو المهر ، وهذا معنى مايقوله الفقهاء : الوقاع فى دار الإسلام لا يخلو من عَقر « أى حد » أو عُقر « أى مهر » .

٢ — ثبوت نسب الولد من الرجل إذا حصل حمل من هذا الدخول ، وذلك للاحتياط فى إحياء الولد وعدم ضياعه .

٣ — وجوب العدة على المرأة ، ومبدؤها من وقت متاركة أحدهما للآخر إن تفرقا باختيارهما ومن وقت تفريق القاضى بينهما إن لم يتفرقا باختيارهما ، وهذا على المعتمد فى مذهب الحنفية كما يأتى فى الكلام على العدة .

٤ — ثبوت حرمة المصاهرة فيحرم على الرجل أن يتزوج بأصول الزوجة أو فروعها ، وتحرم هذه المرأة على أصول الرجل وفروعه .

أما ماعدا ذلك من الآثار فلا يترتب على الدخول فى لزواج الفاسد فلا تجب به نفقة ولا طاعة ، ولا يثبت به التوارث بين الرجل والمرأة .

ومما يجب ملاحظته هنا أن هذه الآثار المترتبة على الدخول فى الزواج الفاسد لاتثبت إلا إذا كان الدخول حقيقياً أما إذا كان الدخول غير حقيقى ، وهو المسمى بالخلوة فلا يترتب عليه شىء من تلك الآثار .

حكم الزواج الباطل :

الزواج الباطل هو الذى حصل خلل فى ركنه أو فى شرط من شروط انعقاده كما إذا صدرت الصيغة بلفظين يعبر بهما عن المستقبل ، ولم تقم القرينة على إرادة إنشاء العقد فى الحال ، أوكان العاقد غير مميز ، أو كانت المرأة محرمة على الرجل تحريماً قطعياً لاخلاف فيه لأحد من العلماء ، ولا يشتبه الأمر فيه على عامة الناس كالأم والأخت وغيرهما من المحارم ، والمرأة المتزوجة

برجل آخر ، والمسلمة بالنسبة لغير المسلم وما أشبه ذلك ، فالزواج فى كل هذه الصور يكون باطلا لايترتب عليه شىء من الآثار التى تترتب على الزواج الصحيح ، فلا يحل الدخول بالمرأة ، ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ، ولا يثبت به توارث ولا مصاهرة ، وتجب الحيلولة بين الرجل والمرأة وعدم تمكينهما من الدخول ، فإن تفرقا اختياراً انتهى الأمر وإلا فرق بينهما جبراً عنهما ، فإن وقعت المعصية ودخل الرجل بالمرأة فلا يثبت به نسب الولد الذى يجىء من هذا الدخول ، ولا تجب على المرأة عدة بعد التفريق ، ولا تجب به نفقة ولا أى حق من حقوق الزوجية وواجباتها ، ولكن تثبت به حرمة المصاهرة ، لأن هذه الحرمة – كما يأتى – تثبت عند الحنفية بالزنا .

وهذه الأحكام لاخلاف فيها بين أئمة الحنفية وإنما الخلاف بينهم فى الدخول بالمحارم كالأم والبنت والأخت هل يعتبر زنا يجب به حد الزنا المقرر فى الشريعة ؟

فقال أبو يوسف ومحمد : إذا كان كل من الرجل والمرأة عاقلا عالما بالتحريم وجب إقامة حد الزنا عليهما ، لأن وجود العقد الباطل كعدم وجوده فلا يصلح أن يكون شبهة تدرأ الحد عنهما .

وقال أبو حنيفة : لايجب إقامة حد الزنا عليهما ولو كان كل منهما يعلم بالتحريم ، لأن العقد الباطل له صورة العقود ، وهذه الصورة تورث شبهة تكفى لدرأ الحد عنهما ، فإن الحدود تدرأ بالشبهات ، كما دل على ذلك الحديث الصحيح « ادرءوا الحدود بالشبهات » ولكن يجب على الحاكم أن يعاقبهما بعقوبة شديدة تردعهما عن مثل هذا العمل .

وإذا سقط الحد عنهما لوجود الشبهة وجب للمرأة مهر مثلها مهما كان مقداره لأن كل وقاع فى دار الإسلام لايخلو من عقر أو عقر كما تقدم ، والحد قد امتنع لوجود الشبهة فيجب المهر (١) .

---

(١) انظر فى هذا الموضوع فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ وما بعدها وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٩ ، ٦٢٣ ، ج ٣ ص ١٥٨ ،

الفصل الرابع

المحرمات من النساء

ذكرنا — فيما تقدم — من شروط الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الزواج إذا كان تحريماً قطعياً لا شبهة فيه، ولا خلاف فيه بين العلماء، ويكاد العلم به يكون من الضروريات عند عامة الناس، ويكون سبباً فى فساد الزواج إذا كان تحريماً ظنياً يختلف فيه العلماء، أو يخفى أمره على عامة الناس.

ونذكر الآن المحرمات من النساء وأصنافهن والأسباب المقتضية لتحريم الزواج بواحدة منهن.

تنقسم المحرمات من النساء أولا إلى قسمين: قسم يحرم الزواج بهن حرمة مؤبدة لا تزول فى حال من الأحوال، لأن السبب المقتضى للتحريم سبب لازم غير قابل للزوال كالأمومة والبنوة والأخوة، وينحصر هذا السبب فى ثلاثة أنواع: (١) النسب (٢) المصاهرة (٣) الرضاع.

وقسم يحرم الزواج بهن حرمة مؤقتة لأن السبب المقتضى للتحريم غير دائم فيبقى التحريم مادام السبب المقتضى له قائماً، فإن زال هذا السبب انتهى التحريم، ويمكن حصر هذا السبب فى خمسة أنواع، (١) تعلق حق الغير بالمرأة (٢) التطليق ثلاثا (٣) عدم الدين السماوى (٤) الجمع بين المحارم (٥) الجمع بين الأجنبيات زيادة على أربع.

والقسم الأول يشمل أنواعاً ثلاثة: « النوع الأول » المحرمات بسبب النسب، والمراد به هنا القرابة القريبة، ويقال لصاحبها: ذو رحم محرم، أى صاحب قرابة يحرم الزواج به « النوع الثانى » المحرمات بسبب المصاهرة، أى

الزواج (١) « والنوع الثالث » المحرمات بسبب الرضاع .

١ — المحرمات بسبب النسب

أما المحرمات بسبب النسب فينحصرن فى أصناف أربعة :

ا — أصول الشخص وإن علون ، وهى الأم وأم الأم ، وإن علت وأم الأب والجد كذلك . فيحرم عليه أن يتزوج بواحدة منهن مهما علت .

ب — فروع الشخص مهما نزلن ، وهى البنت وما تفرع منها وبنت الابن وإن نزل وما تناسل منها . فيحرم عليه التزوج ببناته وبنات أولاده الذكور أو الإناث مهما نزلوا .

حـ — فروع الأبوين أو أحدهما ، وإن بعدت درجتهن ، وهى الأخوات سواء كن شقيقات أو لأب أو لأم ، وبنات الإخوة والأخوات كذلك ، وبنات أولاد الإخوة والأخوات مهما نزلن .

ء — الفروع المباشرة للأجداد والجدات أو لأحدهما وهن العمات والخالات فقط ، سواء كن عمات للشخص نفسه وخالات له أم كن عمات وخالات لأبيه أو أمه أو أحد أجداده وجداته . فيحرم على المرء الزواج بعمته وخالته وعمة أبيه وعمة جده لأبيه أولأمه مهما علاوخالتهما ، وعمة جدته لأبيه أوأمه مهما علتوخالتهما.

أما الفروع غير المباشرة للأجداد والجدات كبنات الأعمام والأخوال وبنات العمات والخالات وفروعهن فلا يحرم الزواج بهن .

والدليل على تحريم هذه الأصناف الأربعة قول الله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت »(٢)

فإن قوله سبحانه « حرمت عليكم أمهاتكم » يدل على تحريم الصنف الأول

---

(١) يقال: صاهر الرجل إلى القوم إذا تزوج منهم

(٢) آية : ٢٣ من سورة النساء .

وهو الأصـول ، أما دلالته على تحريم الأمهـات فواضحة لاتحتاج إلى بيان ، وأما دلالته على تحريم الجدات فلأن كلمة الأم تطلق فى اللغة على الأصل الذى ينتسب إليه غيره سواء أكان ذلك بواسطة أم بغير واسطة ، فيشمل الأمهات والجدات جميعاً .

ولو فرضنا أن كلمه الأم لاتطلق فى اللغة إلا على الأصل المباشر ، وهو الذى ينتب إليه غيره بدون واسطة ، وأن الجدات لايدخلن فى مدلول كلمة الأمهات المذكورة فى هذا النص فلنا أن نستدل على تحريمهن بالإجماع لاتفاق المجتهدين جميعا على تحريم الزواج بالجدات ، كمايصح أن نستدل على ذلك بطريق دلالة النص، لأن الله تعالى نص فى هذه الآية على تحريم العمات والخالات ، ولاشك أن الجدات أقرب من العمات والخالات ، لأن العمات والخالات أولاد الجدات ، فالنص الوارد فى تحريمهن يدل على على تحريم الجدات بالطريق الأولى .

وقوله عز شأنه «وبناتـكم» يدل على تحريم الصنف الثانى وهو البنات وبنات الأولاد ، وإن بعدت الوسائط ، أما دلالته على تحريم البنات فواضحة لاتحتاج إلى بيان ، وأما دلالته على تحريم بنات البنت وبنات الابن ، وإن نزلن فلأن كلمة « البنت » تطلق فى اللغة على الفرع مطلقا ، فتدخل بنات الأولاد مهما بعدت درجتهن تحت قوله تعالى « وبناتـكم » فيدل على تحريمهن كما دل على تحريم البنات من الصلب .

ولو فرضنا أن كلمة «البنت» لاتطلق فى اللغة على الفرع مطلقا، وإنما تطلق على الفرع المباشر ، وهو الذى ينتسب إلى غيره بدون واسطة فلا تدخل بنـات الأولاد فى قوله تعالى « وبناتـكم » فلنا أن نستدل على تحريمهن بالإجماع أو بطريق دلا النص ، فإن الله تعالى نص فى هذه الآية على تحريم بنات الأخ

والأخت وهن أبعد من بنات الأولاد ، فالنص الدال على تحريمهن يكون دالا على تحريم بنات الأولاد بالطريق الأولى .

وقوله جل شأنه « وأخواتكم » يدل على تحريم الأخت ، وقوله سبحانه « وبنات الأخ وبنات الأخت» يدل على تحريم بنات الإخوة والأخوات . أما بنات أولاد الإخوة والأخوات فقد ثبت تحريمهن بالإجماع .

وقوله عز من قائل « وعماتكم وخالاتكم » يدل دلالة واضحة على تحريم الصنف الرابع .

أما بنات العمات والخالات وبنات الأعمام والأخوال فلم يذكرن فى المحرمات فيدخلن تحت قوله تعالى — بعد هذه الآية — « وأحل لكم ماوراء ذلكم » وعلى هذا لايحرم الزواج بهن ، وقد جاء التصريح بحلهن فى قول الله تعالى « ياأيها النبى إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتى هاجرن معك » فإنه سبحانه أحل للنبى صلى الله عليه وسلم أن يتزوج ببنات عمه وعماته وبنات خاله وخالاته ، وما أحل للرسول صلى الله عليه وسلم يحل لأمته ما لم يقم الدليل على اختصاصه بذلك .

وخلاصة القول فى المحرمات بسبب النسب أن المرأة إذا كانت أصلا للرجل أو فرعاً له ، أو فرعاً لأحد أبويه أو فرعاً مباشرا لأحد أجداده حرم عليه التزوج بها حرمة مؤبدة لاتزول فى حال من الأحوال ، فلو عقد على واحدة منهن كان العقد باطلا لا يترتب عليه أى أثر من الآثار على ماتقدم بيانه فى الكلام على حكم الزواج الباطل لأن تحريم هذه الأصناف ثابت بالدليل القطعى ولا خلاف فيه لأحد من الفقهاء ويكاد العلم به يكون من الضروريات التى لا تخفى على عامة الناس.

والحكمة فى تحريم هؤلاء جميعاً تتبين فى جلاء إذا لاحظنا ما يأتى :

١ — أن الدين الإسلامى أمر بصلة الرحم ، وحرص أن تبقى الروابط التى تربط الأقرباء بعضهم ببعض بمنأى عما يعرضها للقطعية ، فلو أبيح الزواج بواحدة من هؤلاء لأفضى إلى تعريض هذه الصلة والروابط للقطيعة ، لأن أساس القرابة القريبة الشفقة والمودة والرحمة ، وعمادها الاحترام والمحبة البريئة وأساس العلاقة الزوجية المتعة واللذة التى يرتفع معها الوقار والاحتشام ولا تستقيم كلتاهما مع الأخرى هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن تبادل الحقوق والواجبات بين الزوجين قد يؤدى إلى الخلاف والمخاصمة فتتحول القرابة إلى عداوة تفقد المرء آثار الارتباط بمن تربطه بهم صلة القرابة . وأيضاً فإن للقرابة حقوقاً وللزوجية حقوقاً ، وقد تتنافى هذه الحقوق وتتعارض فتكون من تجب لها الطاعة واجباً عليها الطاعة ، ومن له الرئاسة مرءوساً .

وفى هذا المعنى يقول الكاسانى فى البدائع (١) « إن زواج هؤلاء يفضى إلى قطع الرحم ، لأن الزواج لا يخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة وبسببها تجرى الخشونة بينهما أحياناً ، وذلك يفضى إلى قطع لرحم التى أمر الله بها أن توصل ، فكان الزواج سبباً لقطع الرحم ومفضياً إليه ، والمفضى إلى الحرام حرام، وتختص الأمهات بمعنى آخر وهو أن احترام الأم وتعظيمها واجب ، ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف، وخفض الجناح لهما والقول الكريم ، ونهى عن التأفيف لهما ، فلو جاز الزواج والمرأة تكون تحت أمر الزوج ، وطاعته مستحقة عليها للزمها ذلك ، وهذا ينافى الاحترام فيؤدى إلى التناقض » .

٢ — أن تكوين الأسرة يقتضى عادة اتصال الأب ببناته والأبناء بأمهاتهم

(١) ج ٣ ص ٢٥٧

والإخوة والأخوات بعضهم ببعض واجتماعهم جميعاً فى منزل واحد ، فإذا بقى الحل بين هؤلاء الأقارب لـكان من الواجب ألا يجتمع الرجل بواحدة من هؤلاء القريبات على انفراد ، لأن اجتماعهما يفتح باب الطمع والتطلع فتصبح البيوت مسارح لتمثيل أدوار العشق والغرام ، وبالحرمة ينسد هذا الباب ، وتصبح الصلة بريئة نقية ، وتـكون البيوت مباءة الطهر والعفاف .

وإذا منعنا اجتماع الأب بابنته والابن بأمه والأخ بأخته والرجل بعمته وخالته وابنة أخيه لـكان فى ذلك الحرج والضيق الشديد ، لذلك كان التحريم لينقطع الطمع ، وبكون الاجتماع والاختلاط (١) .

٣ — إن التزاوج بين القرابة القريبة يؤدى إلى ضعف النسل ، والتزاوج بين المتباعدين يأتى بنسل قوى ، كما قرر علماء الحياة ، ولعل ذلك لما يكون بين الزوجين القريبين من الألفة وكثرة الحياة التى هى من أسباب ضعف الميل وفتور الرغبة ، وقد كان العرب يستحبون تزوج البعيدات ، ويرون ذلك أنجب للولد ، وأقوى للبدن ، وأبهى للخلقة ، وهو ما يرشد إليه قول الرسول صلى الله عليه وسلم « اغتربوا لاتضووا» ومعناه تزوجو المرأة الغريبة ، ولا تتزوجوا القريبة لئلا يجىء الولد ضاوياً أى ضعيفاً هزيلا ، وروى أن عمر رضى الله تعالى عنه قال لبنى السائب : قد ضويتم « أى ضعفتم وهزلتم » فانـكحوا فى الغرائب ، ويقول الشاعر .

تخيرتها للنسل ، وهى غريبة — فقد أنجبت ، والمنجبات الغرائب

ويقول الآخر .

تجاوزت بنت العم ، وهى حبيبة — مخافة أن يضوى علىّ سليلى

(١) حجة الله البالغة للدهلوى ج٢ ص ١٣١

٢ - المحرمات بسبب المصاهرة :

وأما المحرمات بسبب المصاهرة فينحصرن كذلك فى أصناف أربعة .

١ — زوجة الأب أو الجد وإن علا ، سواء أكان الجد من جهة الأب أم كان من جهة الأم ، وسواء دخل الأب أو الجد بالزوجة أو لم يدخل ، فإذا عقد الأب أو الجد على امرأة حرمت هذه المرأة على الابن وابن الابن وابن البنت مهما نزلت درجته تحريماً مؤبداً ، فلو حصلت الفرقة بالطلاق أو الوفاة فلا يصح لواحد من هولاء أن يتزوج بها ، فإن تزوجها مع علمه بالحرمة كان الزواج باطلا لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح .

والدليل على ثبوت التحريم لهذا الصنف من النساء قول الله تعالى «ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا» (١) ولا خفاء فى دلالة هذه الآية الكريمة على تحريم زوجة الأب أما دلالتها على تحريم زوجة الجد وإن علا فلأن اسم الأب يطلق فى اللغة على الأصل المذكر سواء كان مباشراً أم غير مباشر، فيدخل فيه الأب والجد وأبو الجد وإن علا، وقد أجمع المجتهدون على تحريم زوجات الأجداد مهما علوا فكان إجماعهم دليلا ثانياً على هذا الحكم.

والمراد بالنكاح فى الآية مجرد العقد ، كما نص على ذلك العلماء ، وعلى هذا يثبت تحريم زوجة الأب أو الجد بمجرد العقد عليها دخل بها الأب أو الجد أو لم يدخل ، والمحرم بهذا النص هو زوجة الأب فقط أما بنتها أو أمها فلا تحرم على الابن فيجوز أن يتزوج الرجل المرأة ، ويتزوج ابنه بنتها أو أمها وقد تزوج محمد ابن الحنفية امرأة وزوج ابنه بنتها (٢) .

(١) آية : ٢٣ من سورة النساء .

(٢) محمد بن الحنيفه هو محمد بن على بن أبى طالب استولده من جارية من سبى بنى حنيفة أتباع مسيلمة الكذاب .

والسر فى هذا التحريم أن زوجة الأب أو الجد بمنزلة الأم فى الاحترام والتقدير فيحرم الزواج بها كما يحرم الزواج بالأم ، وهـذا ما تقضى به الفطرة السليمة ، فإن التمتع بزوجه الأب أو الجد بعد أن تمتع بها مما تنفر منه الطباع المستقيمة ، ولهذا وصف الله الزواج بزوجة الأب بأنه فاحشة أى أمر مستقبح غاية القبح ، وبأنه مقت والمقت هو البغض المقرون باستحقار حصل بسبب أمر قبيح ارتـكبه صاحبه ، وكانوا فى الجاهلية يسمون هذا الزواج بزوج المقت . ويسمون الولد الذى يأتى به الرجل من زوجة أبيه « المقى » أى المبغوض المحتقر .

ولأن الأب قد تتجه نفسه إلى المرأة بعد أن يطلقها ، فإذا حال الابن بينه وبينها بالزواج أو حشه ذلك ، وأورث فى نفسه الضغينة على ابنه ، وقد يؤدى هذا إلى قطيعة الرحم التى أمر الله بوصلها .

ب — زوجة الابن وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا سواء دخل بها أو لم يدخل ، فإذا عقد الابن على امرأة حرمت هذه المرأة على أبيه وجده مهما علا تحريماً مؤبداً فإن فارقها بالطلاق أو الوفاة فلا تحل لواحد منهما ، فإن عقد عليها مع العلم بالحرمة كان العقد باطلا لا يترتب عليه أثر من الآثار .

والدليل على ذلك قول الله تعالى « وحلائل أبنائـكم الذين من أصلابكم » (١) فإنه معطوف على قوله سبحانه « حرمت عليـكم أمهاتـكم » فيكون المعنى « وحرم عليـكم أن تتزوجوا بحلائل أبنائـكم » والحلائل جمع حليلة ، وهى الزوجة ، ويتحقق هذا الوصف بمجرد العقد الصحيح حتى ولو لم يحصل الدخول بالزوجة .

ولافرق فى هذا الحـكم بين أن يكون الابن من النسب أو الرضاع فزوجة الابن أو ابن الابن أو ابن البنت من الرضاع تحرم على أبيه وجده تحريمـاً مؤبداً

---

(١) آية : ٢٢ من سورة النساء .

كما تحرم زوجة الابن وابن الابن من النسب ، لأن اسم الابن يتناول الابن من الرضاع كما يتناول الابن من النسب . أما تقييد الابن فى هذه الآية بأن يكون من الأصلاب فليس المقصود منه إخراج الأبناء من الرضاع ، وإنما المقصود منه إخراج الأبناء بالتبنى لإبطال ما كان عليه أهل الجاهلية من تحريم زوجة الابن المتبنى واعتبارها كزوجة الابن من النسب ، كما ستعرف ذلك فى موضعه، وعلى هذا لاتحرم زوجة الابن بالتبنى على من تبناه ، لأنه ليس أبناً من الصلب لا بالذات ولا بالواسطة،وهذا مافهمه الأئمة الأربعة وجمهور العلماء من الآية الكريمة [١] .

ح — أم الزوجة وجدتها وإن علت، سواء كانت الجدة من جهة الأب كأم أبى الزوجة أو من جهة الأم كأم أم الزوجة ، فإذا عقد رجل على امرأة عقداً صحيحاً حرمت عليه أمها تحريماً مؤبداً سواء دخل بينتها أو لم يدخل . فلو طلق زوجته أو ماتت فلا يحل له أن يتزوج بأمها ولا بإحدى جداتها فإن عقد على واحدة منهن مع علمه بالتحريم كان العقد باطلا .

والدليل على هذا التحريم قول الله تعالى « وأمهات نسائكم » [٢] فإنه معطوف على قوله جل شأنه « حرمت عليكم أمهاتكم » فيكون المعنى ، وحرم

---

(١) وهناك من العلماء من يرى أن قيد الأصلاب فى الآية المقصود منه إخراج الأبناء من الرضاع . فلا تحرم زوجاتهم كما حرمت زوجات الأبناء من الأصلاب، لأن الابن من الرضاع ليس من الصلب لا بالذات ولا بالواسطة ، وقد انتصر لهذا الرأى ابن القيم وساق له الحجج التى تؤيده فى كتابه زاد المعاد جـ ٥ ص ١٠ فليرجع إليه من شاء .

(٢) آية : ٢٣ من سورة النساء .

عليكم التزوج بأمهات زوجاتكم ، ولم يقيد التحريم فى هذا النص بالدخول بالزوجة فيبقى الحكم على إطلاقه ، ومقتضى هذا الإطلاق أن تحرم أم الزوجة بمجرد العقد على ابنتها سواء دخل الزوج بها أم فارقها قبل الدخول ولذا قال الفقهاء « العقد على البنات يحرم الأمهات » .

د — بنت الزوجة وبنات بناتها وبنات أبنائها وإن بعدت درجتهن إذا دخل الزوج بالأم ، فإن لم يدخل بها ثم فارقها بالطلاق أو الوفاة فلا تحرم البنت ولا واحدة من فروعها على ذلك الزوج ، فإذا عقد رجل على امرأة عقداً صحيحاً ثم دخل بها حرم عليه الزواج بينتها حرمة مؤبدة فإن طلقها أو ماتت الأم ثم عقد على ابنتها مع علمه بالتحريم كان العقد باطلا ، وإذا لم يدخل بها فلا تحرم عليه ابنتها بمجرد العقد عليها ، فلو طلقها أو ماتت كان له أن يتزوج بنتها سواء كانت فى حجره وتربى فى منزله وتحت رعايته أم كانت بعيدة عنه تربى فى رعاية أبيها أو شخص آخر .

والدليل على ذلك قول الله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم » (١) فإن هذا الكلام معطوف على قوله جل شأنه « حرمت عليكم أمهاتكم » فيكون المعنى وحرم عليكم التزوج بربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، والربائب جمع ربيبة ، وهى بنت امرأة الرجل من غيره ، وإنما سميت بذلك لأن زوج الأم يربها أى يقوم بأمرها ويرعى شئونها ، والآية ظاهرة الدلالة على تحريم بنت الزوجة المدخول بها أما من عداها كبنات بناتها وبنات أبنائها فتحريمهن ثابت بالإجماع .

---

(١) آية : ٢٣ من سورة النساء .

ولاخفاء فى دلالة الآية على اشتراط الدخول بالزوجة لتحريم ابنتها ، أما وصف الربائب بكونهن فى الحجور فليس من القيود المعتبرة فى التحريم على رأى الجمهور من الفقهاء ، بل هو وصف كاشف لبيان الشأن الغالب فى الربيبة ، وهو أن تكون فى بيت زوج أمها ، نظير هذا قول الله تعالى « ولاتقتلوا أولادكم خشية إملاق » (١) فإن النهى عن قتل الأولاد فى هذه الآية مقيد بالخوف من الإملاق ، وهو الفقر ، وليس هذا قيداً معتبراً فى التحريم الذى تفيده الآية فلو قتل الآباء أولادهم بسبب آخر غير الفقر كان حراماً أيضاً ، وإنما ذكر فى الآية لبيان الشأن الغالب فيمن وردت هذه الآية فيهم ، فإن الغالب أنهم ما كانوا يقتلون أولادهم إلا خوفاً من الفقر ، يرشدنا الى ذلك قول الله تعالى فى الآية نفسها « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » فإنه يدل على حل الزواج بالربائب عند عدم الدخول بالأم ولو كان وجود بنت الزوجة فى حجر الزوج شرطاً فى التحريم لما اكتفى المولى عز وجل فى إثبات الحل بنفى الدخول فقط و لقال « فإن لم تكونوا دخلتم بهن ولم يكن فى حجوركم فلا جناح عليكم » فالاكتفاء فى ثبوت الحل بنفى الدخول فقط دليل على أن مناط التحريم هو الدخول بالأم وحده ولذا يقول الفقهاء « الدخول بالأمهات يحرم البنات » .

والحكمة فى تحريم الزواج بأم الزوجة وبإحدى جداتها أو بناتها أن الزواج يوجد رابطة بين الزوج وأصول زوجته وفروعها كرابطة النسب ، فيختلط الزوج بهن ويجتمع معهن فى منزل واحد ، فلو أبيح للرجل أن يتزوج بأم زوجته وابنتها لانفتح باب الطمع والتطلع إليهن وقد يؤدى هذا إلى انحلال رابطة الزوجية بين الرجل وزوجته وإنشاء زوجية أخرى مع أم الزوجة أو إحدى بناتها ، وفى ذلك من الفساد مالا يخفى .

---

(١) : ٣١ من سورة الإسراء .

يقول الدهلوى فى علة التحريم بالمصاهرة عموماً ما نصه « لو جرت السنة بين الناس أن يكون للأم رغبة فى زوج بنتها والرجال فى حلائل الأبناء وبنات نسائهم لأفضى إلى السعى فى فك ذلك الربط أو قتل من يشح به ، وإن أنت تسمعت إلى قصص قدماء الفارسيين واستقرأت حال أهل زمانك من الذين لم يتقيدوا بهذه السنة الراشدة وجدت أموراً عظاماً ومهالك ومظالم لا تحصى وأيضاً فإن الاصطحاب فى هذه القرابة لازم والتستر متعذر ، والتحاسد شنيع والحاجات من الجانبين متنازعة فكان أمرها بمنزلة الأمهات والبنات أو بمنزلة الأختين »(١) .

هذا ومما يجب أن يعلم هنا أن الفقهاء اتفقوا جميعاً على أن حرمة المصاهرة كما تثبت بالعقد الصحيح أو بالدخول بعده تثبت أيضاً بما يأتى :

١ — الدخول بالمرأة بناء على عقد فاسد ، كالزواج بغير شهود ، فلو تزوج رجل امرأة زواجاً فاسداً ودخل بها ترتب على هذا الدخول حرمة المصاهرة ، فتحرم المرأة على أصول الرجل وفروعه ويحرم على الرجل أصول المرأة وفروعها كما بينا ..

٢ — الدخول بالمرأة بناء على شبهة ، كما إذا عقد رجل على امرأة ولم يرها ثم زفت إليه امرأة أخرى .وقيل له : إنها زوجته فدخل بها بناء على ذلك ، ثم تبين أنها ليست زوجته التى عقد عليها فإنه يثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة التى أوضحناها.
واختلفوا فى ثبوت حرمة المصاهرة بطريق الزنا ، فقال الشافعى ومالك فى القول المعتمد (٢) : إن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة ، فلو زنى الرجل بامرأة لا يحرم عليه الزواج بأمها ولا بإحدى بناتها ، ولا تحرم هذه المرأة على أصول الرجل

(١) حجة الله البالغة ج ٢ ص ١٣٢ .
(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٤٩ ، حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٥١ . وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨ .

ولا فروعه ، ولو زنى الزوج بأم زوجته أو بينتها لا تحرم عليه زوجته .

وقال الحنفية وأحمد بن حنبل [١] . إن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة بجميع أنواعها المتقدمة . فلو زنى الرجل بامرأة حرمت هذه المرأة على أصول الرجل وفروعه وحرم على الرجل أصول المرأة وفروعها تحريماً مؤبداً ، لكن لو تزوج الرجل بأم من زنى بها أو بينتها لم يكن الزواج باطلا بل يعتبر زواجاً فاسداً ، لاختلاف الفقهاء فى هذا التحريم .

وبناء على هذا القول لو زنى الزوج بأم زوجته أو بينتها حرمت عليه زوجته تحريماً مؤبداً ، وهذا ما يجرى عليه العمل فى المحاكم .

وقد استدل الشافعى ومن وافقه على رأيهم بما يأتى .

١ — ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوج أمها أو بنتها فقال . « لا يحرم الحرام الحلال ، وإنما يحرم ما كان من نكاح » وهو حيث ظاهر الدلالة على المطلوب .

٢ — أن حرمة المصاهرة نعمة ، لأنها تلحق الأجانب بالأقارب ، وتجعله محرما كالقريب ، وفى الحديث « المصاهرة لحمة كلحمة النسب » والزنا محظور شرعا فلا يصلح أن يكون سبباً للنعمة لعدم الملاءمة بينهما .

٣ — إن الحكمة فى إثبات حرمة المصاهرة قطع الأطماع لتدوم الصلة بين الأصهار ، وليتمكنوا من الاجتماع فى غير ريبة ، ولا شك أن الاتصال بالزواج مطلوب البقاء فيناسبه تقرير الحرمة ، أما الاتصال بالزنا فمطلوب القطع ، فلا وجه

---

(٢) البدائع جـ ٢ ص ٢٥٨ ، تبيين الحقائق جـ ٢ ص ١٠٦ ، حاشية ابن عابدين جـ ٢ ٢٨٧ ، المغنى والشرح الكبير جـ ٧ ص ٤٨٢ .

مع هذا لاثبات الحرمة به ، ولذلك قال الشافعى - رحمه الله تعالى - فى مناظرته لمحمد بن الحسن أحد أئمة الحنفية « إن الزواج أمر حمدت عليه ، والزنا فعل رجمت عليه فكيف يشتبهان » (١) .

واستدل الحنفية ومن وافقهم على رأيهم بما يأتى .

١ — ما روى أن رجلا قال يارسول الله إنى زنيت بامرأة فى الجاهلية أفأنكح ابنتها ؟ قال : لا أرى ذلك ، ولا يصلح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها .

ولكن يرد على هذا : بأن الحديث لا يصلح للاحتجاج به — لأنه كما قال الكمال فى فتح القدير — حديث منقطع ، وفى رواته أبو بكر عبد الرحمن بن أم حكيم ، وهو لا يحتج به .

٢ — إن المخالطة بطريق الزنا سبب للولد فيثبت بها التحريم بالقياس على المخالطة التى لا تعتبر زنا ، لاشتراكهما فى أن كلا منهما سبب للولد ، أما كون المخالطة حلالا أو حراماً فلا اعتداد بها فى ثبوت هذا الحكم ، ألا ترى أن الرجل لو تزوج امرأة وخالطها فى حال الحيض أو النفاس كانت هذه المخالطة حراما ومع ذلك تثبت بها حرمة المصاهرة من غير خلاف بين الفقهاء فى ذلك ، وكذلك لو عقد على امرأة عقدا فاسدا ثم دخل بها ، فإن هذا الدخول حرام ، ومع ذلك تثبت به حرمة المصاهرة باتفاق الفقهاء وهذا يدل على أن المناط فى ثبوت حرمة المصاهرة فى المقيس عليه هو نفس المخالطة من غير نظر إلى كونها حلالا أو حراماً .

ولكن يرد على هذا القياس : بأنه قياس مع الفارق بين المقيس والمقيس عليه ،

---

(١) مختصر المزنى المطبوع بهامش كتاب الأم ج ٣ ص ٢٨٠ ، أعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٩٣ ، الأحوال الشخصيه لفضيلة الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٦٨ .

والقياس مع الفارق غير صحيح ، وبيان ذلك : أن المناط فى المقيس عليه وهى المخالطة التى لا تعتبر زنا ليس هو نفس المخالطة حتى ولو كانت بطريق الزنا الصريح ، وإنما هو المخالطة التى لا يترتب عليها حد الزنا ، وهذا غير متحقق فى المقيس ، لأنه بالاتفاق يجب فيه حد الزنا لكونه زنا صريحاً لا شبهة فيه ، وإلى هذا يشير الإمام الشافعى فى مناظرته لمحمد بن الحسن المتقدمة « إن الزواج أمر حمدت عليه، والزنا فعل رجمت عليه فكيف يشتبهان » .

ومن هذا يتبين رجحان ما ذهب إليه الشافعى ومن وافقه ، لقوة أدلتهم وسلامة حججهم التى اعتمدوا عليها ، ويقوى هذا قول الله تعالى — بعد أن بين المحرمات من النساء ـ « وأحل لكم ما وراء ذلكم » (١) فإن هذه الآية تفيد أن ما عدا المذكورات قبلها حلال لا يحرم الزواج بهن ، والمزنى بها وأصولها وفروعها لم يذكرن فى المحرمات فيدخلن فى عموم هذا النص فيثبت لهن الحل المستفاد منه .

وقد يقال من قبل الحنفية : إن هذا العموم قد خصصه كل من الحديث والقياس المتقدم الذى يفيد ثبوت حرمة المصاهرة بطريق الزنا .

ولكن يرد على هذا : بأن كلا من الحديث والقياس ـ على فرض صحته ـ لا يقوى على تخصيص العموم فى هذه الآية ، لأن كليهما دليل ظنى ، والآية دليل قطعى عند الحنفية ، والظنى لا يصح أن يخصص القطعى (٢) .

ومع أن الحنفية لم يسلم لهم دليل على أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة ، فقد قالوا بثبوتها أيضاً بمقدمات الزنا ودواعيه كالتقبيل والمس بشهوة ، إقامة للسبب مقام المسبب فى موضع الاحتياط ، بل قالوا أيضاً : إذا لمس يد أم زوجته فى حال الشهوة ولو خطأ فإن زوجته تحرم عليه تحريماً مؤبداً (٣) .

---

(١) آية : ٢٤ من سورة النساء .   (٢) انظر فتح القدير ج ٢ ص ٣٧٧ .
(٣) انظر المصدر السابق والدر المختار مع حاشية ابن عابدين عليه ج ٢ ص ٢٨٩

وهذا غلو منهم وإفراط فى تلمس الأسباب الموجبة للتحريم والتضييق ، وهو لايتناسب مع سماحة الشريعة التى بنيت أحكامها على التوسعة ودفع الحرج والمشقة عن العباد .

هذا،وقد اتجهت لجنة الأحوال الشخصية فى مشروعها اتجاها غريبا ، حيث إنها قصرت التحريم بسبب الزنا على فروع المرأة المزنى بها وإن نزلن ، فنصت فى الفقرة « هـ » من المادة (١١) المتعلقة ببيان المحرمات على ما يأتى :

« فروع من دخل بها دخولا حقيقيا فى عقد باطل أو فاسد أو وطئها بشبهة أو زنا وإن نزلن ، ولايحرم فى المصاهرة بسبب الزنا سوى ماذكر » .

ولاندرى السر فى هذا الاتجاه ، لأن الزنا إما أن يعتبر سببا للحرمة كالمصاهرة أو لايعتبر سببا لها ، فإن اعتبر سببا للحرمةوجب أن يحرم به جميع الأصناف التى تحرم بالمصاهرة كما هو رأى الحنفية ومن وافقهم ، وإن لم يعتبر سببا للحرمة فيجب ألايحرم به أى صنف من الأصناف التى تحرم بالمصاهرة ، كما هو رأى الشافعية ومن وافقهم ، فإثبات التحريم بالزنا فى بعضها دون البعض الآخر تحكم لاوجه له .

المحرمات بسبب الرضاع

المحرمات بهذا السبب هن الأصناف الاربعة المحرمة بسبب النسب ، والأصناف الأربعة المحرمة بسبب المصاهرة ، وعلى هذا تنحصر المحرمات بسبب الرضاع فى ثمانية أصناف .

١ — أصول الشخص من الرضاع مهما علون ، وهى أمه رضاعا وأمها وإن علت وأم أبيه رضاعا وأمها وإن علت .

فإذا رضع طفل من امرأة صارت هذه المرأة أما له من الرضاع بمنزلة أمه

من النسب وصارت أمها جدة له بمنزلة جدته من النسب ، واعتبر زوج المرضعة الذى هو سبب فى إدرار لبنها أباً له بمنزلة أبيه من النسب فيكون الرضيع ابناً لهما من الرضاع ، فيحرم عليه الزواج بمن أرضعته وبأمها وبأم أمها وإن علت تحريماً مؤبداً ، وكذلك يحرم عليه الزواج بأم أبيه رضاعاً وبإحدى جدات أبيه من الرضاع وإن علت ، كما يحرم ذلك من النسب .

٢ — فروعه من الرضاع ، وهن بنته رضاعا وابنتها وإن نزلت وابنة ابنه رضاعا وابنتها وإن نزلت .

فإذا رضعت طفلة من امرأة صارت ابنة من الرضاع لزوج هذه المرأة الذى كان سبباً فى إدرار لبنها ، فيحرم عليه الزواج بها وبفروعها وإن نزلت تحريماً مؤبداً ، كما يحرم عليه الزواج بابنته من النسب ، وإذا كان الرضيع طفلا كان ابناً لذلك الزوج من الرضاع فيحرم عليه الزواج بابنته وبنات أولاده مهما نزلن

وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية فى الفقرة الأولى من المادة (١٢) من مشروعها أن الحرمة بالرضاع لاتثبت إلا من قبل المرضع أخذاً برأى بعض العلماء وعلى هذا لو أرضعت المرأة بنتا لايكون زوجها أبا من الرضاع لهذه البنت ، فلا تحرم عليه ، ولو كان من أرضعته ابنا لايحرم عليه بنات هذا الابن ، ونص هذه الفقرة « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا من قبل المرضع » .

وفى رأيى أن هذا الاختيار غير موفق ، لأن الأدلة الشرعية تدل على ثبوت الحرمة بالرضاع من جهة المرضع ومن جهة الرجل ، كما سنبين ذلك فيما بعد

٣ — فروع أبويه من الرضاع وهن أخوته رضاعا وبنات إخوته وأخواته رضاعا مهما نزلن. فإذا رضع طفل من امرأة صار ابناً لهذه المرأة ولزوجها

الذى كان سبباً فى إدرار لبنها ،واعتبر أولادهما أو أولاد أحدهما [1] إخوة أو أخوات له من الرضاع سواء فى ذلك من رضع معه أو بعده أو قبله ، فيحرم عليه الزواج بواحدة منهن تحريماً مؤبداً ، وكذلك يحرم عليه الزواج ببنات أخواته أو إخوته من الرضاع وإن نزلن كما يحرم ذلك من النسب .

٤ — الفروع المباشرة للجد والجدة من الرضاع وهن عماته وخالاته رضاعاً ، والعمة من الرضاع هى أخت زوج المرضعة ، والخالة من الرضاع هى أخت المرضعة.

فإذا رضع طفل من امرأة كانت أخت هذه المرأة خالة له من الرضاع، وأخت زوجها عمة له من الرضاع . فيحرم عليه الزواج بواحدة منهما ، كما يحرم ذلك من النسب ، أما بنت هذه العمة أو الخالة فيحل له الزواج بها كما يحل ذلك من النسب.

٥ — أم الزوجة من الرضاع ، وهى من أرضعت الزوجة فى طفولتها وكذلك جدتها وإن علت .

فاذا كان لرجل زوجة قد رضعت فى طفولتها من امرأة كانت هذه المرأة أما لها من الرضاع فيحرم عليه الزواج بها وبأمها وأم أمها وإن علت سواء دخل بزوجته أو لم يدخل كما يحرم ذلك بالنسبة لأمها من النسب .

٦ — بنت الزوجة من الرضاع وهى من كانت الزوجة قد أرضعتها قبل أن تتزوج بالرجل وبنات بناتها وبنات أبنائها وإن بعدت درجتهن .

فإذا كان لرجل زوجة قد أرضعت طفلة من زواج سابق كانت هذه الطفلة ابنة لزوجته من الرضاع ، فإذا دخل بأمها حرم عليه الزواج بها وببناتها وبنات

---

(١) استثنى المشروع الجديد للأحوال الشخصية بنات زوج المرضعة من امرأة أخرى فلا يحرم على الرضيع أن يتزوج بواحدة منهن أما بناته من المرضعة وبنات المرضعة فيبقى التحريم فيهن قائما كما هو ، وكذلك استثنت أخت زوج المرضعة لأنه لا يعتبر أبا من الرضاع فلا تكون أخته عمة من الرضاع ، وهذا الاستثناء مؤسس على ما اختارته اللجنة من قصر التحريم بالرضاع على المرضعة ومن كان من قبلها ، كما تقدم .

أولادها مهما نزلن ، كما يحرم ذلك بالنسبة لبنت الزوجة وبنات بناتها وبنات أولادها من النسب .

٧ — زوجه الأب أو الجد من الرضاع وإن علا سواء دخل الأب أو الجد بها أو لم يدخل .

فإذا رضع طفل من زوجة رجل كان هذا الرجل أباً له من الرضاع ، فإذا كانت له زوجة أخرى فإنها تحرم على هذا الرضيع حرمة مؤبدة كما يحرم عليه الزواج بزوجة أبيه من النسب .

٨ — زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضاع ، وإن نزلوا .

فإذا رضع طفل من زوجة رجل كان ابناً لهذا الرجل من الرضاع ، فيحرم عليه زوجة هذا الابن وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن بنته مهما نزلوا كما يحرم عليه التزوج بزوجات أولاده من النسب .

والدليل على ثبوت التحريم بالرضاع فى هذه الأصناف الثمانية قول الله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعتكم وأخواتكم من الرضاعة » فإنه معطوف على قوله سبحانه « حرمت عليكم أمهاتكم » والمعنى وحرم عليكم الزواج بأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ، وهو يدل بعبارته الصريحة على تحريم صنفين من المحرمات بسبب الرضاع وهما الأمهات والأخوات . ويدل بطريق الإشارة على تحريم الأصناف الباقية ، لأن الله تعالى لما سمى المرضعة أما وأولادها أخوات الرضيع دل بذلك على أن الرضاع يصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله ، وأنه يتكون بالرضاع جزئية يصبح بها الرضيع بعضها وبعض زوجها فيكون الرضيع ابناً لهما بمنزلة الابن من النسب . ويكون أولادهما أو أولاد أحدهما إخوة وأخوات له ، ويكون إخوة من أرضعته وأخواتها أخوالا وخالات له ، ويكون إخوة زوج المرضعة وأخواته أعماماً وعمات له من الرضاع .

وقد جاءت السنة مصرحة بما أشار إليه هذا النص ومؤكدة له ، فقد جاء فى الحديث المتفق عليه عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم أريد منه الزواج بابنة عمه حمزة فقال : « إنها لاتحل لى : إنها ابنة أخى من الرضاعة (١) ويحرم من الرضاعة مايحرم من النسب » وروى أن عائشة رضى الله عنها كانت قدرضعت وهى صغيرة من امرأة أبى القعيس ، فجاء أخوه أفلح — بعد نزول آية الحجاب يستأذن عليها فلم تأذن له ، وقالت : إنما أرضعتنى امرأة أخيه فلا آذن له حتى استأذن رسول الله ، فلما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إيذنى له فإنه عمك . فهذا الحديث يبين أن هذه الصلة تثبت بين الرضيع وزوج المرضع لأن زوجها لو لم يكن أبا للرضيع لم يكن أخوه عما له .

وإذا كانت المرضعة أما للرضيع مثل أمه من النسب كانت أم الزوجة رضاعا مثل أمها نسباً ، وبنت الزوجة رضاعا مثل بنتها نسبا ، فيحرم على الزوج أصول زوجته وفروعها الرضاعية كما يحرم ذلك من النسب .

وإذا كان زوج المرضعة أبا للرضيع ، والرضيع أبناً له كانت زوجة الأب رضاعا محرمة كزوجة الأب نسباً . وزوجة الابن رضاعاً محرمة كزوجة الابن نسباً وبذلك يحرم من الرضاع مايحرم بالمصاهرة كما يحرم به مايحرم بالنسب (٢) .

---

(١) فإنه صلى الله عليه وسلم رضع من ثويبة مولاة أبى لهب أياما قبل أن تقدم حليمة وكانت قد أرضعت قبله عمه حمزة بن عبد المطلب (الطبقات لابن سعد ج ١ ص ٨٩) .

(٢) وقد اتجهت اللجنة فى مشروعها إلى قصر التحريم بالرضاع على المحرمات بسبب النسب أما المحرمات بسبب المصاهرة ، وهن أصول الزوجة وفروعها من الرضاع وزوجة الأب والابن من الرضاع فلاتثبت الحرمة فيهن ، متأثرة فى ذلك برأى ابن تيمية وابن القيم ، وهو أيضا اتجاه غير سديد ، لقيام الأدلة الشرعية على ثبوت الحرمة بالرضاع فى هذه الأصناف الأربعة ، على مابيناه فى هذا الكتاب .

وهناك صور متشناة من التحريم بالرضاع وإن كانت محرمة بالنسب . وذلك لوجود نوع من العلاقة يوجب التحريم فى حالة النسب ، وانتفاء هذا النوع من العلاقة فى حالة الرضاع نكتفى منها بصورتين وهما :

١ — أم الأخ أو الأخت من الرضاع فإنه يجوز الزواج بها ، ولا يجوز الزواج بأم الأخ أو الأخت من النسب فاذا أرضعت امرأة طفلا وكان لها ابن من النسب يجوز لهذا الابن أن يتزوج بأم هذا الطفل ، وهى أم أخيه من الرضاع . لأن أم الأخ أو الأخت من النسب إنما حرمت لأنها إما أن تكون أمه إن كانا شقيقين أو أخوين من الأم أو زوجة أبيه إن كانا أخوين لأب وهذا المعنى منتف فى حالة الرضاع .

٢ — أخت الابن أو البنت من الرضاع ، فإنه يحل للأب أن يتزوج بها ، ولا يحل له يتزوج بأخت ابنه أو ابنته من النسب. فإذا أرضعت امرأة طفلا فلزوج هذه المرأة أن يتزوج بأخت هذا الطفل ، وهى أخت ابنه من الرضاع ، وإذا رضع طفل من امرأة فلأبى هذا الطفل أن يتزوج ببنت هذه المرضعة وهى أخت ابنه من الرضاع .

وإنما حرمت أخت الابن أو البنت من النسب دون الرضاع لأنها إما أن تكون بنته أو بنت زوجته المدخول بها ، وكلتاهما يحرم الزواج بها ، وهذا غير متحقق فى حالة الرضاع .

أما أخت أخيه من الرضاع فإنها لاتحرم ، كما لاتحرم أخت أخيه من النسب وصورتها من الرضاع أن يرضع طفل من امرأة فيجوز لأخى هذا الطفل الذى لم يرضع من هذه المرأة أن يتزوج بنت هذه المرأة ، وهى أخت أخيه من الرضاع .

وصورتها من النسب أن يكون هناك أخوان لأب ، ولأحدهما أخت نسبية من أمه ، فإنه يحل لأخيه الآخر أن يتزوج بها ، وهى أخت أخيه من

النسب ، لأن الأخت فى هذه الحالة لا صلة بينها وبين الذى تحل له لا بنسب ولارضاع ، وكل ماهناك أنها بنت زوجة أبيه ، وبنت زوجة الأب حلال للابن .

الرضاع المحرم

ولا يثبت التحريم بالرضاع إلا إذا توافرت فيه الشروط الآتية :

أن يكون اللبن الذى يتناوله الرضيع لبن امرأة ، أما إذا كان لبن شاة أو غيرها من الحيوانات فلا يترتب عليه التحريم ، فلو رضع صغيران لبن شاة مثلا لايترتب على ذلك ثبوت التحريم بينهما إذ لا يثبت بهذا الرضاع أمومة فلا يثبت به مايتفرع عليها وهو الأخوة .

٢ — أن يتحقق من وصول اللبن إلى معدة الرضيع سواء أكان ذلك بطريق الامتصاص من الثدى أم بشربه من إناء أو أمبوبة ، فإن لم يتحقق من ذلك بأن التقم الصبى الثدى ولم يعلم أرضع أم لا ؟ فلا يثبت التحريم ، وذلك للشك فى وجود سببه وهو الرضاع ، والأحكام لاتثبت بالشك .

٣ — أن يكون وصول اللبن إلى المعدة بطريق الفم أو الأنف لأنه بذلك يصل إلى المعدة فيغذى الجسم ، أما إذا أقطر اللبن فى الأذن أو فى جرح فى الجسم أو حقن به الطفل فلا يثبت به التحريم ، لأن إعطاء اللبن بهذه الكيفية لايتغذى به الجسم ، والتغذى مناط التحريم .

٤ — ألا يخلط اللبن بغيره ، أما إذا خلط بغيره ثم أعطى للطفل كان الحكم على التفصيل الآتى :

ا — إذا خلط بسائل آخر كالماء أو الدواء فإن كان اللبن هو الغالب والكثير ثبت به التحريم ، وإن كان مغلوباً لا يتعلق به التحريم وإن كان مساوياً للسائل الآخر ثبث به التحريم احتياطا .

ب — وإذا خلط بلبن امرأة أخرى فالحكم للغالب منهما عند أبى يوسف فإن لم يزد أحدهما عن الآخر ثبت التحريم .

وقال محمد وزفر : يثبت التحريم من المرأتين جميعاً من غير نظر إلى كثرة أحدهما وقلة الآخر أو تساويهما . وهذا القول هو الظاهر ، لأن اللبنين من جنس واحد ، والجنس لا يغلب الجنس فإذا خلط أحدهما بالآخر لا يصير القليل مستهلكا فى الكثير ، فيثبت التحريم بهما جميعاً (١) .

ه — أن يكون الرضاع فى مدة معينة وهى مدة الإرضاع ، وهذا لاخلاف فيه بين جمهور الفقهاء ، وإنما الخلاف بينهم فى مقدار هذه المدة فقدرها أبو يوسف ومحمد بسنتين كاملتين ، وهو قول الشافعى ومالك وأحمد بن حنبل ، فإن حصل الرضاع فى هذه المدة ولو بعد الفطام ثبت التحريم ، وإن حصل بعدها ، ولو قبل الفطام لا يثبت به التحريم .

وقدرها أبو حنيفة بسنتين ونصف ، وعلى الرأى الأول يجرى العمل ، وقد استدل أصحاب هذا الرأى بقول الله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة (٢) » فإنه سبحانه جعل الحولين إتماماً للرضاع ، وليس وراء التمام شىء .

وبقوله جل شأنه « وفصاله فى عامين (٣) » فإن الفصال هو الفطام وقد جعله الله فى عامين فيكون دليلا على أن أكثر مدة الرضاع المعتبرة فى نظر الشرع سنتان .

---

(١) وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية فى مشروعها قصر التحريم بالرضاع على مص الرضيع من ثدى المرضع فنصت فى المادة (١٣) منه على أنه « لا يثبت التحريم بالرضاع إلا إذا كان مص الرضيع من ثدى المرضع » ، وهو اختيار منها المذهب ابن حزم فى هذا الموضوع ، نص عليه فى كتابه المحلى .

٢ — آية : ٢٣ من سورة البقرة ٣ — آية : ١٤ من سورة لقمان .

وبقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لارضاع إلا ما كان فى الحولين » وهو ظاهر الدلالة على المطلوب .

واستدل لأبى حنيفة بقول الله تعالى : « والولدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة . . فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما » فإن الجملة الأخيرة من هذه الآية تفيد أن للوالدين الخيار فى فطام الطفل عند تمام الحولين ، فإن رأيا أن فطامه لاضرر فيه ساغ لهما أن يفطماه ، وإن رأيا أن فطامه فيه ضرر عليه لم يفطماه ،وأخر فطامه مدة أخرى زيادة عن الحولين يتدرج الطفل فيها على تحويل غذائه من اللبن إلى غيره ، وأقل مدة تصلح لذلك هى ستة أشهر .

والتحديد بالحولين فى الآية إنما هو لبيان المدة التى يجوز للأم المطلقة أن تأخذ فيها أجراً على الرضاع ، وهذا لايمنع ثبوت التحريم بالرضاع الذى يوجد بعد السنتين ، لأن التحريم يحتاط له إذ هو ثابت بوجود الرضاع فلا يزول إلا بيقين ، وفى رأينا أن ماذهب إليه الأولون هو الراجح لقوة الأدلة التى استندوا إليها ووضوحها فى إفادة هذا الحكم .

وماقيل من قبل المدافعين عن رأى أبى حنيفة : إن التحديد بالحولين فى الآية الكريمة لبيان أقصى المدة التى تستحق فيها الأم أجراً على الرضاع فحسب لا يسلم لهم ، لأن هذا التحديد كما يفيد ذلك يفيد أيضاً أن أقصى مدة الرضاع الذى يثبت به التحريم سنتان ، فيكون المقصود من الآية هو تحديد مدة الرضاع الذى تثبت له جميع الأحكام الشرعية من جواز أخذ الأجر عليه والتحريم به

أما قوله تعالى « فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور » فإن المراد منه أن للوالدين الاتفاق على فطام الطفل قبل الحولين إذا رأيا أن الطفل

لايصاب بضرر نتيجة فطمه قبل الحولين اللذين هما المدة لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وليس المراد به رفع الجناح عن الوالدين فى التشاور فى فطم الطفل بعد الحولين — كما قالوا — لأن الفطام الذى يحتاج إلى المشاورة والتراضى بين الوالدين هو الذى يكون قبل تمام الحولين ، حيث تكون حياة الطفل مترددة بين الاستغناء عن الرضاع وعدم الاستغناء عنه ، فيحتاج إلى التحرى فى أمر فطمه عن الرضاع حتى لا يصاب بضرر نتيجة الفطام ، أما بعد الحولين فقلما يكون الطفل فى حاجة إلى الرضاع ، على أنه إذا كان الطفل ضعيفاً ورأى والداه إبقاءه على الرضاع ، بعد الحولين فلا مانع من ذلك لهذه الضرورة والحاجة ، ولكن لايترتب على هذا الرضاع أحكامه من التحريم وجواز أخذ الأم المطلقة أجراً عليه .

هذا : ولا يشترط فى التحريم بالرضاع مقدار معين بل القليل منه والكثير سواء فى إفادة التحريم متى تحقق حصوله فى مدة الرضاع التى بيناها ، وهذا عند أئمة الحنفية ، وهو قول مالك وأحمد فى رواية ، لقول الله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » فإن الشارع جعل الرضاع سبباً للتحريم من غير تقييد بعدد ولا مقدار معين وإذا ورد اللفظ فى القرآن أو السنة مطلقاً فإنه يعمل به على إطلاقه، ولا يصح أن يقيد بشىء إلا إذا قام الدليل على هذا التقييد.

ولأن السبب فى التحريم بالرضاع أنه يجعل الرضيع كجزء من المرضعة بسبب دخول لبنها فى تكوينه ، وهذا يتحقق بالقليل والكثير ، وعلى هذا القول يجرى العمل .

وقال الشافعية والحنابلة : إن التحريم لايثبت بالرضاع إلا إذا كان

خمس رضعات مشبعات متفرقات [١] ، فإن كان الرضاع أقل من ذلك لا يثبت به التحريم .

وقد استدلوا على ذلك بدليلين : « أولهما » ماروى عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت : كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات فتوفى النبى صلى الله عليه وسلم ، وهن فيما يقرأ من القرآن.

« وثانيهما » أن علة التحريم بالرضاع هى أن الرضاع ينبت اللحم وينشز العظم ، أى ينميه ويزيده ، وهذا لا يتحقق إلا برضاع يوم كامل على الأقل ، وهو خمس رضعات مشبعات .

وهذا الرأى فيه توسعة على الناس وتيسير لهم [٢] ولكن الأدلة الشرعية لا تؤيده ، وذلك لأن الحديث الذى استدلوا به لم تثبت روايته عن عائشة رضى الله تعالى عنها ، وقال فيه الطحاوى إنه حديث منكر ، والعبارات التى روى بها فيها اضطراب كبير ، وفى بعضها ما يبطل الاستدلال به فقد روى على الوجه الآتى « كان فيما أنزل الله عز وجل من القرآن ، ثم سقط لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس معلومات » وهذه الرواية تفيد أن التحريم بالعشر أو الخمس قد نسخ ، وقال ابن العربى : أما حديث عائشة فهو أضعف الأدلة لأنها قالت : كان فيما نزل من القرآن ، ولم يثبت أصله فكيف يثبت فرعه .

---

(١) وحد الرضعة المشبعة عندهم أن يأخذ الصبى الثدى ويمتص منه ثم يتركه باختياره من غير عارض كتنفس أو استراحة يسيرة أو شىء يلهيه عن الرضاع فإذا فعل ذلك ثم عاد إلى الرضاع فإنه لا يخرجها عن كونها رضعة واحدة .

وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية هذا الرأى لما فيه من التيسير والتوسعة على الناس فنصت فى المادة (١٣) من المشروع على أنه « لا يثبت التحريم بالرضاع إلا إذا كان مص الرضيع من ثدى المرضع وحصل فى الحولين الأولين وبلغ خمس رضعات متيقنات ، والمدار فى تحديد الرضعة على العرف .

ما يثبت به الرضاع :

الرضاع وإن كان يتعلق به التحريم إذا توافرت الشروط التى ذكرناها إلا أنه لا يحكم بهذا التحريم إلا إذا ثبت الرضاع ، وثبوت الرضاع ، يكون بواحد من أمرين : الإقرار أو البينة .

١ — أما الإقرار فهو عبارة عن اعتراف الرجل والمرأة أو أحدهما بوجود الرضاع المحرم بينهما ، وهذا الإقرار قد يكون قبل الزواج ، وقد يكون بعده ، ولكل من هذه الحالات حكم يختص به على التفصيل الآتى :

ا — إذا أقر كل من الرجل والمرأة بالرضاع كأن اعترفا بأنهما أخوان من الرضاع ، فإن تزوجا كان العقد فاسداً فيترتب عليه ما يترتب على العقد الفاسد من الأحكام والآثار التى سبق بيانها .

وإن كان الإقرار بعد الزواج وجب عليهما الافتراق ، فإن لم يفترقا اختياراً وجب على القاضى أن يفرق بينهما جبراً . لأنه بالإقرار تبين أن العقد فاسد ، فيأخذ حكم العقد الفاسد ، ومن أحكام العقد الفاسد ـ كما قدمنا ـ لزوم التفريق بين الزوجين إن لم يتفرقا اختياراً ، فإن كان التفريق قبل الدخول لم يجب للمرأة شىء من المهر ، وإن كان التفريق بعد الدخول وجب لها الأقل من المسمى ومهر المثل عند الإمام أبى حنيفة وصاحبيه ، ولا يجب لها نفقة عدة ولا سكنى .

ب — وإذا كان الإقرار من جانب الرجل وحده ولم تصدقه المرأة ، كأن يقول : إن فلانة أخته من الرضاع ، فإن كان هذا الإقرار قبل لزواج فلا يحل له أن يتزوجها لأنه معترف بما يوجب تحريم المرأة عليه فلا يحل له الإقدام على زواجها .

وإن كان بعد الزواج وجب عليه أن يفارق المرأة ، فإن لم يفارقها اختياراً وجب على القاضى أن يفرق بينه وبينها جبراً ، لأنه قد أقر بإبطال شىء يملك إبطاله فى الحال بالطلاق، فلا يكون متهما فى هذا الإقرار.

فإذا كان التفريق قبل الدخول كان للزوجة نصف المهر المسمى،وإن كان بعد الدخول وجب لها المسمى جميعه ، ولها النفقة والسكنى فى العدة وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة الإقرار فيعامل المقر بإقراره فى نفسه فقط ، ولا يسرى ذلك على المرأة بإبطال حقها فى المهر والنفقة والسكنى مدة العدة(١) .

حـ — وإذا كان الإقرار من جانب المرأة وحدها وكذبها الرجل فى ذلك فإن كان الإقرار قبل العقد فلا يحل لهذه المرأة أن تتزوج بذلك الرجل ، أما هو فيحل له أن يتزوجها إذا وقع فى قلبه كذبها على القول المفتى به ، لأن الشارع لم يجعل الحرمة موكولة إليها ، والإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يعتبر إقرارها بالنسبة له ، وأيضا فإن إقرارها بذلك يحتمل أن يكون لغرض آخر تخفيه فى نفسها فلا يلتفت إليه فلو قالت المرأة : إن هذا الرجل أبى أو أخى رضاعاً وأصرت على قولها جاز له أن يتزوجها متى كان ينكر الرضاع .

وإن كان الإقرار بعد الزواج فلا يكون لهذا الإقرار تأثير على عقد الزواج

---

(١) وعلى هذا قررت محكمة شربين الشرعية فى حكمها الصادر فى ١٤ ربيع الثانى سنة ١٣٤٥ (٢١ اكتوبر سنة ١٩٢٦) والمنشور فى مجلة القضاء الشرعى س : ٤ عدد ٤ ، ٥ ص ٢٢٨ ، أن الزوج إذا قال إن زوجته رضيعة عليه وثبت على ذلك القول فرق بينهما . وإذا قال لزوجته إنها رضيعة عليه وثبت على ذلك القول وكذبته فلها نصف المهر إن لم يكن دخل بها ولها المهر كاملا والنفقة والسكنى إذا كان دخل بها

إلا إذا صدقها الزوج فى ذلك ، فان لم يصدقها كانت حلالا له ، لأن المرأة متهمة فى هذا الإقرار باحتمال أن تكون قد أقرت بالرضاع كذبا للتخلص من الزوج فلا يعول على قولها .

الرجوع عن الإقرار :

وفى جميع الحالات التى يثبت فيها الرضاع بالإقرار لا بد من إصرار المقر على إقراره بأن يشهد عليه أو يقول هو حق أو صدق أو لاشك فيه عندى ، فإذا أصر على إقراره فلا يقبل منه الرجوع عن الإقرار بعد ذلك ، لوجود التناقض الظاهر بين إقراره ورجوعه .

أما إذا كان المقر لم يشهد على إقراره ولم يؤكده بما يفيد الجزم والعلم كان له أن يرجع عن إقراره ، سواء كان الرجوع قبل عقد الزواج أم بعده ، بأن يقول : إنه كان واهما فى إقراره أو ناسياً أو نحو ذلك ، لأن الرضاع من الأمور التى يخفى شأنها والتى يجوز فيه الشهادة بالسماع كالنسب فيغتفر به التناقض ، لاحتمال أنه أقر بناء على إخبار غيره ولما تبين له كذبه عدل عن إقراره ، وهذا بخلاف ما إذا أشهد على إقراره أو قال هو حق أو نحوه فإنه يدل على علمه بصدق المخبر وأنه جازم به فلا يقبل منه الرجوع بعد ذلك(١) .

٣ — البينة والمراد بها أن يشهد بالرضاع رجلان أو رجل وامرأتان من أهل العدالة بأن يقولا : إن المرأة أخت لهذا الرجل من الرضاع أو خالته أو عمته

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ١٤ فتح القدير جـ ٣ ص ٣٠ ، حاشية ابن عابدين جـ ٢ صـ ٣٣ .

أو بنت أخيه ونحو ذلك ، وهذا عند فقهاء الحنفية ، وزاد الشافعية على هذا شهادة أربع من النساء وحدهن [١] .

ووجهتهم فى ذلك : أن الرضاع مثل الولادة لا يطلع عليه إلا النساء غالباً ، فتصح شهادتهن به وحدهن كما تصح شهادتهن بالولادة ، ولما كانت المرأتان تقومان مقام رجل واحد لزم شهادة أربع من النساء عند الانفراد حتى يقمن مقام شهادة رجلين .

ووجهة الحنفية : أن شهادة النساء وحدهن لا تقبل إلا عند الضرورة ، وذلك فى الأمور التى لا يجوز أن يطلع عليها إلا النساء ، والضرورة غير متحققة هنا ، لأن الرضاع يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال أما الولادة فالضرورة فيها متحققة ، لأنه لا يجوز للرجال ولو كانوا من المحارم الاطلاع عليها بحال .

وعلى هذا إذا شهد بالرضاع أقل من نصاب الشهادة كأن شهد به رجل واحد أو شهد به امرأتان أو امرأة واحدة فلا يصح الحكم بهذه الشهادة ، وذلك لما روى أن عمر بن الخطاب أتى بامرأة شهدت على رجل وامرأته أنها أرضعتهما فقال : لا ، حتى يشهد رجلان أو رجل وامرأتان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكروا عليه ما رآه ، فكان هذا إجماعاً منهم على هذا الحكم [٢] .

والسر فى ذلك أن دعوى الرضاع تتضمن إبطال حق العبد ، وهو ما ثبت

---

(١) المنهاج شرح المحلى ج ٤ ص ٣٢٥ ، والنهاية شرح متن الغاية والتقريب ج ٣ ص ١٤١ .

(٢) السنن للبيهقى ج ٧ ص ٤٦٣ ، بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٤ .

للزوج بعقد الزواج ، وكل ما كان من هذا القبيل يلزم فيه توافر نصاب الشهادة .

ولكن مع هذا ينبغى للرجل أن يفارق زوجته احتياطاً إذا كان المخبر بالرضاع من أهل الصدق والعدالة ، ويشهد لهذا ماروى عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت إنى أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فأعرض عنى ، فجئته من قبل وجهه ، وذكرت ذلك له ، وقلت : إنها كاذبة ، فقال : « وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، دعها عنك » فقد فهم فقهاء الحنفية والإمام الشافعى من هذا الحديث أنه يفيدك ترك المرأة على سبيل الندب والتنزه والورع ، ولا يفيد الإلزام بالمفارقة ، وذلك لأن المفارقة لو كانت واجبة على جهة الحتم لفرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما ، ولم يكتف بالإعراض عن السائل أول الأمر ويؤيد هذا ما روى أن رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة تزعم أنهما أرضعتهما ، فسأل الرجل على بن أبى طالب رضى الله عنه ، فقال له : هى امرأتك ليس أحد يحرمها عليك ، فإن تنزهت فهو أفضل ، وسأل عبد الله بن عباس رضى الله عنهما فقال له مثل ذلك .

هذا ، والرضاع مما تقبل فيه الشهادة حسبة فلا تتوقف على الدعوى ، لأنه يتضمن الحرمة ، وهى من حقوق الله تعالى ، كما تقبل الشهادة على الطلاق حسبة دون تقدم دعوى (١) .

وبهذا ينتهى الكلام على المحرمات من النساء تحريماً مؤبداً ، أما القسم الثانى ، وهو المحرمات من النساء تحريماً مؤقتاً فيشمل أصنافاً كثيرة نقتصر على أهمها وهى :

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٢٤ .

١ — من تعلق بها حق الغير بزواج أوعدة ، وعلى هذا يحرم من النساء ما يأتى:

ا — المرأة المتزوجة ، فلا يحل لأحد أن يعقد عليها ما دام الزواج قائماً ، سواء كان الزوج مسلماً أو غير مسلم ، وذلك لقول الله تعالى — فى بيان المحرمات من النساء — «والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم» فإن المراد من المحصنات فى هذه الآية المتزوجات ، وهو لفظ عام يشمل كل متزوجة سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة ، ولم يستثن من ذلك إلا المسبيات من زوجات المحاربين فى حرب مشروعة ، فإذا وقع السبى عليهن وحدهن من غير الأزواج وقعت الفرقة بينهن وبين أزواجهن بسبب اختلاف الدار ، فيحل الزواج بهن .

والحكمة فى هذا التحريم هى منع الإنسان من الاعتداء على حق الغير ، وحفظ الأنساب من الاختلاط والضياع .

فلو تزوج شخص بامرأة غيره وهو عالم بالتحريم كان العقد باطلا لا يترتب عليه أثر من الآثار ، فلا تجب العدة بالدخول ولا يثبت به النسب .

ب — المرأة المعتدة ، سواء كانت العدة من طلاق أو وفاة ، فلا يحل لأحد غير من فارقها أن يتزوج بها ما دامت فى العدة ، لقول الله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »[١] فإنه سبحانه أمر المطلقة بالتربص والانتظار طوال هذه المدة فلا يحل لها الزواج فيها .

ولقوله جل شأنه « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله[٢] أى لا تبرموا عقد الزواج إلا بعد انتهاء ما كتبه الله وفرضه من الأجل .

والحكمة فى هذا التحريم أن آثار الزواج لا تزال قائمة أثناء العدة ، فرعاية لتلك الحقوق منع الشارع من الزواج بالمرأة ما دامت فى العدة .

(١) آية : ٢٢٨ من سورة البقرة .   (٢) آية : ٢٣٥ من سورة البقرة

وأيضاً فإن الزواج فى العدة قد يؤدى إلى اختلاط الأنساب فى بعض الأحوال، والشريعة تحرص على المحافظة على الأنساب وعدم ضياعها .

وقد ألحق الفقهاء بعدة الطلاق عدة الفرقة بعد الدخول بناء على زواج فاسد أو شبهة ، لأن الولد من كل منهما محترم ثابت النسب .

وعلى هذا لو تزوج شخص معتدة غيره ، وهو عالم بالتحريم كان العقد باطلا ، فلا يترتب عليه شىء من الآثار .

أما المزنى بها فإنه يحل لمن زنى بها أن يتزوجها من غير خلاف بين الفقهاء فى ذلك ، فإن جاءت بولد بعد مضى ستة أشهر من وقت العقد عليها ثبت نسبه منه وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد لا يثبت نسبه منه إلا إذا قال : إن الولد منه ، ولم يصرح بأنه من الزنا ، فإذا أقر بذلك ثبت نسبه منه ، لاحتمال أن يكون هذا الولد نتيجة لعقد سابق أو مخالطة بشبهة ، وذلك حملا لحال المسلم على الصلاح وسترا على الأعراض (١) .

وكذلك يحل لغير الزانى أن يتزوج بها ما لم تكن حاملا ، فإن كانت حاملا صح العقد عليها عند أبى حنيفة ومحمد إلا أنه لا يحل الدخول بها حتى تضع الحمل ، وحجتهم فى ذلك :

أولا : أن الحامل من الزنا لم تذكر فى المحرمات فتكون من المحللات بالنص وهو قوله تعالى « وأحل لكم ماوراء ذلكم ».

وثانياً : أن الزنا لا حرمة له بدليل أنه لا يثبت به النسب لقوله صلى الله

---

(١) وروى على بن عاصم عن أبى حنيفة أنه قال : لا أرى بأسا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها والولد ولده « المغنى والشرح الكبير ج ٧ ص ١٢٩ .

عليه وسلم « الولد للفراش، وللعاهر الحجر » وإذا لم تكن للزنا حرمة فلا يكون مانعا من الزواج ، وإنما امتنع الدخول بالمرأة حتى تضع الحمل لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره » .

وقال أبو يوسف وزفر : لا يصح العقد على الحامل من الزنا ، لأن هذا الحمل يمنع من الدخول بها، فيكون مانعاً كذلك من العقد عليها قياساً على الحمل الثابت النسب ، فكما لا يصح العقد على الحامل من غير الزنا فكذلك لا يصح العقد على الحامل من الزنا .

٢ — المطلقة ثلاثاً بالنسبة لمن طلقها ، فمن طلق زوجته ثلاث تطليقات فلا يحل له أن يعقد عليها إلا إذا انقضت عدتها منه وتزوجت برجل آخر زواجاً صحيحا ودخل بها الزوج الثانى دخولا حقيقاً ، ثم طلقها أو مات عنها ، وانقضت عدتها منه ، وذلك لقول الله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » ثم قال سبحانه « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله » .

٣ — المرأة التى لا تدين بدين سماوى ، والمقصود بالدين السماوى ، الدين الذى له كتاب منزل فى زمن نشأته ، وله نبى مرسل ، وعلى هذا لا يحل الزواج بالمرأة الملحدة ، وهى التى تنكر الأديان ولا تعترف بوجود الله تعالى ، ولا بالمرأة المشركة، وهى التى تعبد مع الله غيره كالأصنام أو الكواكب أو النار أو الحيوان ، وذلك لقول الله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم »(١).

والمشرك فى لغة القرآن وعرف الشارع من لا يؤمن بكتاب ولا رسول ، وينكر وجود الخالق أو يعبد مع الله غيره ، ويدخل تحت الإشراك كل شخص

(١) آية : ٢٢١ من سورة البقرة .

اعتنق مذهباً يخرج صاحبه من الإيمان إلى الكفر ، لأن اسم المشرك يتناوله (١) كالبهائية (٢) .

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٢٧٣ .

(٢) البهائية طائفة تنتسب إلى رجل أطلق عليه لقب « بهاء الله » واسمه ميرزا حسين على من إيران وهو الزعيم الثانى لهذه الطائفة ، وزعيمها الأول هو ميرزا على محمد الذى ابتدع هذه النحلة وادعى النبوة ، وزعم أن شريعته ناسخة للشريعة الاسلامية وكان يلقب بالباب ولذلك سميت هذه الطائفة أيضاً « بالبابية » وقد ابتدع لأتباعه أحكاما خالف بها أحكام الإسلام وقواعده ، فجعل الصوم تسعة وعشرين يوما من شروق الشمس إلى غروبها وعين لهذه الأيام وقت الاعتدال الربيعى بحيث يكون عيد الفطر هو يوم النيروز على الدوام ، وكان إعلانه بهذه الدعوى سنة ١٢٦٠ هـ وكانت عاقبته أن أعدمته الحكومة الإيرانية صلبا فى تبريز سنة ١٢٦٥ هـ وبعد قتله اجتمع أكثر أتباعه حول ميرزا حسين الملقب ببهاء الله الذى يزعم أنه الموعود الذى أخبر عنه الباب ، وتسمى أتباعه حينئذ بالبهائيين ، ولم يكتف بدعوى أستاذه النبوة فتهجم على حرم الألوهية وادعى أن الله اتحد به أو اتحد هو بالله أو أنه مظهر الله الخاص إلى غير ذلك من الهذيانات التى يجب تنزيه الله عنها ، وقد جعل الصلاة تسع ركعات فى اليوم والليلة أما الحج فقد أبطله البهاء وأوصى بهدم بيت الله الحرام عند ظهور رجل مقتدر من أشياعه ، وكانت عاقبته أن نفته الحكومة العثمانية من البلاد ثم اعتقل فى عكا ومات فيها ؛ وأتباعه يحجون إليها ، ويستقبلونها فى صلاتهم التى اخترعها لهم بهاؤهم وقد حكمت عليهم المحاكم الشرعية مراراً بالردة ، وأنه لا يصح تزويجهم ولا الزواج منهم ، ولا يدفنون فى مقابر المسلمين ، ولا يصلى عليهم كسائر المرتدين عن الملة المحمدية .

من ذلك الحكم الصادر من محكمة المحلة الكبرى الشرعية فى غرة شعبان ١٢٦٥ (٣٠ يونية سنة ١٩٤٦) والمنشور فى مجلة الأزهر جزء ٩ مجلد ٥ وهو يقضى بالتفريق بين رجل وزوجته لاعتناقه المذهب البهائى ، ومما جاء فى هذا الحكم أن البهائيين يقولون : أن دورة محمد صلى الله عليه وسلم قد انتهت بظهور الباب وأنهم يجحدون الصوم والصلاة والحج والحشر ويقولون أن المراد بها غير مسماها =

والقاديانية (١) ومن على شاكلتهما .

والحكمة فى هذا التحريم أن من أهم مقاصد الزواج سكون أحد الزوجين للآخر واطمئنانه إليه ، وتعاونهما وتبادلهما المودة والرحمة ، وهذه المقاصد

= المعروف فى الإسلام وبما أنه ثبت أن المدعى عليه بهائى وينكر ما هو معلوم من الدين بالضروة لذلك اعتبر مرتداً والمرتد لادين له ونكاحه باطل لهذا حكمت المحكمة بالتفريق بينه وبين زوجته » انظر فى تاريخ هذه الطائفه وتعاليمها ما كتبه المرحوم الأستاذ الشيخ محمد الخضر حسين شيخ الأزهر الأسبق فى مجلة الأزهر عدد : ٥ من المجلد الأول ص ٣٥٥ ، والبراهين الساطعة فى رد بعض البدع الشائعة للإمام العالم الجليل المرحوم الشيخ سلامة العزامى ص ٤٤٧ ، وراجع الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ١٩٥ س : ٤ قضائية .

وقد أحسنت الحكومة فى إصدارها القانون رقم ٢٦٣ لسنة ١٩٦٠ الذى يقضى فى مادته الأولى بحل جميع المحافل النهائية ومراكزها الموجودة بالجمهورية العربية المتحدة ووقف نشاطها ومنع الأفراد والمؤسسات والهيئات من القيام بأى نشاط مما كانت تباشره هذه المحافل والمراكز .

(١) القاديانية طائفة تنتسب لشخص يقال له « غلام أحمد » من بلدة قاديان من بلاد الهند . ولذلك قيل لأتباعه القاديانية نسبة إلى قرية زعيمهم و[يسمون أيضاً بالأحمدية ، لأن زعيمهم سمى نفسه أحمد ، وقد سس غلام أحمد عقيدته المعروفة باسمه وسجل مذهبه رسمياً سنة ١٩٠٠ وأنشأ مجلة تنطق باسمه وتعبر عن فكرة المذهب أسماها مجلة الأديان ، كما ألف كتاباً شرح فيه فلسفته سماه براهين الأحمدية . وقد زعم هذا الرجل أنه ينزل عليه الوحى وأنه نبى ورسول وأنه المسيح عيسى بن مريم الذى أخبر رسول الله صلى الله علية وسلم بنزوله فى آخر الزمان لقتل المسيح الدجال . وأنه أوحى إليه بأن المسيح بن مريم قد مات ، وأن نبوته لا تنسخ شيئاً من الشرائع . الخ ادعاءاته التى لا تدع ريبة فى كفره وكفر أتباعه ، ومن أراد الاطلاع على هذه المزاعم والأقوال التى صرح بها فليرجع إلى ما كتبه المرحوم الشيخ محمد الخضر حسين فى مجلة الأزهر عدد ٧ مجلد ٣ ص ٤٤٧ . والمرحوم الشيخ محمد زاهد الكوثرى فى مقالاته ص ٣٥٧ وكتاب المذاهب الإسلامية للأستاذ محمد أبو زهرة .

لاتتحقق مع تباين الزوجين فى العقيدة تبايناً تاماً وتنافرهما فيها ، لأن هذا التباين فى العقيدة يؤدى إلى أن كلا منهما يستقبح مايستحسنه الآخر ، ويتقرب إلى الله بما ينكره الآخر وينفر منه ، وإذا كان بين الزوجين هذا التنافر كيف تستقيم بينهما الحياة الزوجية ، وكيف يجتمعان لبناء بيت دعامته المودة والمحبة وغايته الهدوء والاستقرار ، ثم كيف تكون نشأة الأولاد بين أبوين تتنافر عقائدهما غاية المنافرة إنهم ولاشك - ينشئون نشأة فاسدة ضالة نشأة المتردد المزعزع الذى لا يجد فى نفسه استقراراً ولا طمأنينة ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المشركة ومن على شاكلتها ليس لها دين يحرم الخيانة ، ويوجب عليها الأمانة ، ويأمرها بالخير وينهاها عن الشر ، وإنما هى موكولة إلى طبيعتها ومانشأت عليه فى عشيرتها ، وهى خرافات وأوهام ، ومن كان حالها كذلك كيف يأمنها الزوج على نفسه وولده وماله ، ولاعاصم لها من دين ولا رادع لها من إيمان بالله أو اعتراف ببعث أوحساب

هذا وقد ألحق أئمة الحنفية المرتدة عن الاسلام بالمشركة ، فقالوا : إنه لايجوز أن يتزوجها أحد لامن المسلمين ولا من غيرهم ، لأنها بالارتداد لا يكون لها دين تقر عليه ، فيجب حبسها إلى أن ترجع إلى الإسلام أو تموت .

أما المرأة التى تدين بدين من الأديان السماوية السابقة كاليهودية والمسيحية فإنه يحل للمسلم أن يتزوج بها ، لقول الله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم (١) » والمراد بالمحصنات فى الآية الكريمة العفيفات ، وليست العفة شرطاً للزواج بالمرأة سواء أكانت مسلمة أو كتابية باتفاق جمهور الفقهاء ، وإنما المقصود من ذلك حمل الناس على أن يتخيروا زوجاتهم من البيئات الطيبة والأسر الكريمة فلا يتزوجوا إلا العفائف من النساء لتحافظ الزوجة على شرفها وشرف زوجها

(١) آية : ٥ من سورة المائدة .

وأسرتها ، ويكون ذلك أدعى إلى السكون والاطمئنان وحصول المودة والألفة بين الزوجين .

وإنما أباح الشارع الحكيم زواج المسلم بالكتابية ، مع مخالفتها له فى بعض أصول الدين ، ولم يحرمها عليه كما حرم الزواج بالمشركة ، لأن المشركة لاتلتقى مع المسلم فى جملة مبادئها الخلقية والدينية ، أما الكتابية فبينها وبين المسلم بعض الملاءمة باعترافها بالله وإيمانها بالرسل إجمالا وباليوم الآخر ومافيه من حساب وثواب أو عقاب ، ومثلها يؤتمن على النفس والمال ، ويرجى منها أن تميل إلى عقيدة الإسلام إذا أحسن الزوج معاملتها وعشرتها على مايأمر به الإسلام .

ومع أن الفقهاء أجازوا للمسلم أن يتزوج بالكتابية إلا أنهم قالوا إنه خلاف الأولى ، فالأولى بالمسلم أن يتزوج بمسلمة ولا يتزوج بكتابية إلا إذا دعت المصلحة الراجحة إلى الزواج بها ، وذلك لما يترتب على هذا الزواج من الأضرار الوطنية والدينية .

ومما يؤسف له أن كثيراً من المسلمين فتنوا بالأجنبيات وتزوجوا بهن وعدوا هذا الفعل من مفاخرهم ، حتى أضحى الرجل الذى يحوز أجنبية موضع إجلالهم وتقديرهم موسوماً عندهم بأنه عريق المدنية والتقدم ، متعللين فى ذلك بالأولاد وتربيتهم والبيوت وتنسيقها والحياة ونظامها فأفسدن عليهم أمورهم الدينية والوطنية ، وقدنهم إلى حيث يرغبن من العادات والتقاليد التى لاتتفق فى الغالب مع روح الإسلام ومبادئه ، وطبعن الأولاد بطابع غير إسلامى ، وقليل من الأزواج من اهتدت به زوجته وأسلمت ، على أن أكثر هؤلاء الزوجات إنما يسلمن رغبة فى أمور مادية عاجلة أو مستقبلة .

ولله در (١) الفاروق عمر بن الخطاب فقد فطن إلى خطورة التزوج بالكتابيات وما يترتب عليه من المضار الاجتماعية والدينية ، فنهى المسلمين عن التزوج بهن ومنعهم من ذلك .

روى أبو بكر الجصاص فى تفسيره (٢) أن حذيفة بن اليمان تزوج بيهودية فكتب إليه عمر : أن خل سبيلها ، فكتب إليه حذيفة : أحرام هى ؟ فكتب إليه عمر : لا ، ولكنى أخاف أن تواقعوا المومسات منهن » يعنى العواهر .

وروى الإمام محمد هذا الأثر فى كتابه الآثار (٣) على الوجه الآتى : « أن حذيفة تزوج بيهودية بالمدائن ، فكتب إليه عمر أن خل سبيلها ، فكتب إليه أحرام ياأمير المؤمنين ؟ فكتب إليه عمر : أعزم عليك ألا تضع كتابى هذا حتى تخلى سبيلها ، فإنى أخاف أن يقتدى بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن ، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين » .

فإن عمر رضى الله تعالى عنه قد منع حذيفة بن اليمان من بقاء زواجه بالكتابية مبيناً ماينشاء عن هذا الزواج من الضرر ، سواء أكان هذا الضرر هو الوقوع فى زواج المومسات منهن بناء على الرواية الأولى لهذا الأثر أم كان هذا الضرر هو تتابع المسلمين فى زواج الكتابيات رغبة فى جمالهن وترك المسلمات بلا زواج الذى قد يؤدى إلى الوقوع فيما حرمه الله (٤) .

ولقد أحسنت الحكومة صنعاً حين منعت موظفى السلك السياسى ورجال

---

(١) الدر اللبن ، يقال فى الذم : لادره أى لا كثر خيره ، ويقال فى المدح لله تعالى دره أى عمله .

(٢) جـ ٢ صـ ٣٩٧ (٣) صـ ٧٥

(٤) انظر فى هذا الموضوع تعليل الأحكام صـ ٤٣ للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى

القوات المسلحة أن يتزوجوا بالأجنبيات ، حتى لاتتعرض المصالح الوطنية والقومية للخطر .

واعتبرت لجنة الأحوال الشخصية زواج المسلم بالكتابية الأجنبية بدون إذن زواجا غير صحيح ، فجاء فى الفقره (ى) من المادة (١٤) من مشروع القانون مايأتى : —

« لايصح زواج المسلم بالكتابية الأجنبية بدون إذن »

هذا ، ولاخلاف بين الفقهاء فى أنه لايجوز للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم سواء أكان مشركاً أم كتابياً ، فلو تزوجت مسلمة بغير مسلم كان الزواج باطلا لايترتب عليه أثر من الآثار ، والأصل فى هذا قول الله تعالى « ياأيها الذين آمنوا آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن ، فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار ، لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن (١) » فإن هذه الآية حرمت المسلمات على هؤلاء الكفار لكفرهم ، ولفظ الكفار عام يشمل كل من ليس بمسلم ، فيتناول بعمومه أهل الكتاب وغيرهم ، وإذا كان الأزواج الذين نزلت الآية من أجلهم مشركين فلا يدل هذا على تخصيص الآية بهم ، وإنما تبقى على عمومها الشامل للمشركين وغيرهم ، وذلك لما تقرر بين العلماء من أن العبرة بعموم اللفظ لابخصوص السبب .

وقد وردت الآثار الصحاح عن السلف الصالح أنهم كانوا يفرقون بين النصرانى وزوجته إذا أسلمت ، من ذلك أن رجلا من بنى تغلب أسلمت زوجته وأبى هو أن يسلم ففرق عمر بينهما ، وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما

---

(١) آية : ١٠ من سورة الممتحنة

أنه قال : إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها فهى أملك لنفسها » وبهذا استفاضت الأخبار عن أصحاب الرسول وانعقد إجماعهم عليه(١) .

والحكمة فى هذا التحريم أن الرجل صاحب الولاية والسلطة على المرأة فإذا كان له دين يخالف دينها خيف عليها أن تخضع لسلطانه وتألف دينه ويضيع إيمانها .

وأيضاً فإن غير المسلم ولو كان كتابياً لا يؤمن بنبوة محمد صلى الله عليه وسلم ولا يعتقد برسالته ولا يقر بالكتاب الذى أنزل عليه ، ومن ثم لا يتحرج من سبه فيؤذيها فى شعورها وعقيدتها فلا تستقيم العشرة بينهما وربما دفعتها الرغبة فى إرضاء زوجها إلى ترك دينها واتباع دين زوجها ، وفى كلتا الحالتين شر عظيم تعمل الشريعة على اتقائه ودفعه ، ولذلك حرمت زواج غير المسلم بالمسلمة ، سواء أكان كتابياً أم غير كتابى .

وهذا بخلاف زواج المسلم بالكتابية ، لأن المسلم لا يتعرض فى الغالب لعقيدتها ولا لإيذاء النبى الذى تؤمن به ، لاعترافه بنبوة الأنبياء جميعاً واحترامهم فلا يتوقع منه أن يسىء إلى نبيها ، أو يؤذيها فى شعورها وعقيدتها .

٤ — أخت الزوجة وكل من كانت محرما لها ، فإذا كان الرجل متزوجاً فلا يحل له أن يتزوج بأخت زوجته سواء كانت شقيقة لها أم كانت أختاً لها من جهة الأب أو الأم ، لقول الله تعالى — فى بيان المحرمات من النساء — « وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف » .

---

(١) البدائع جـ ٢ صـ ٣٢٧ والجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ١٨ صـ ٦٧ ، والمغنى والشرح الكبير جـ ٧ صـ ٥٣١ ، الأحوال الشخصية للاستاذ محمد أبو زهرة صـ ٩٦ :

ولأن الجمع بين الأختين يفضى إلى قطيعة الرحم ، وذلك بسبب ما يكون بين الضرتين من الغيرة الموجبة للتحاسد والتباغض ، وقطيعة الرحم حرام فما أفضى إليها يكون حراماً .

وإذا كان الجمع بين الأختين حراماً بظاهر هذا النص فإن الجمع بين المرأة وبنتها(١) يكون حراماً بالطريق الأولى ، لأن قرابة الولاد أقوى من قرابة الأخوة ، فالنص الوارد فى الأخوات يكون وارداً هنا بالطريق الأولى .

وقد فهم جمهور الفقهاء(٢) من هذا النص أنه يدل أيضاً على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها فإذا كان الرجل متزوجا بامرأة فلا يحل له أن يتزوج عمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو اختها ، لأنه إذا حرم الجمع بين الأخت وأختها حرم الجمع من باب أولى بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها ، لأن العمة بمنزلة الأم لبنت أخيها ، والخالة بمنزلة الأم لبنت أختها ، وقد جاءت السنة مصرحة بما دل عليه هذا النص بطريق المفهوم ومؤيدة له ، وهى ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » فهذا الحديث يدل على أن من تزوج امرأة لا يحل له أن يتزوج عليها ابنة أخيها أو ابنة أختها وأن من تزوج

---

(١) بأن عقد على الأم وقبل أن يدخل بها عقد على ابنتها ، أو عقد عليهما معاً فى وقت واحد .

(٢) وذهب الخوارج والروافض إلى أنه لا يحرم الجمع بين المرأة وبين عمتها أو خالتها مستدلين ذلك بأن القرآن لم يصرح إلا بتحريم الجمع بين الأختين فيبقى ما عداهما داخلا فى الإحلال المستفاد من قول الله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » إلا أن الجمع بين المرأة وبنتها حرم بدلالة النص الوارد فى تحريم الجمع بين =

امرأة لا يحل له أن يتزوج عمة تلك المرأة أو خالتها كما يدل على حكمة هذا التحريم، وهى أن الجمع بينهما يؤدى إلى قطيعة الرحم التى يجب وصلها ويحرم قطعها وذلك بسبب ما يكون بين الضرائر من الغيرة الموجبة للبغض والحقد .

قاعدة تحريم الجمع بين المحارم :

ومن هذين النصين استنبط أولئك الفقهاء قاعدة لتحريم الجمع فقالوا : يحرم الجمع بين امرأتين لو فرضت كل واحدة منهما رجلا والأخرى أنثى لم يحل له التزوج بالأخرى فالأختان لا يحل الجمع بينهما لأننا لو فرضنا كل واحدة منهما رجلا لم يحل له التزوج بالأخرى لأنها أخته ، والمرأة وعمتها لا يحل الجمع بينهما ، لأن العمة لو فرضت رجلا كان عماً لهذه البنت ، والعم لا يحل له أن يتزوج بنت أخيه ، وبنت الأخ لو فرضت رجلا كانت الأخرى عمة له ، ولا يحل للرجل أن يتزوج بعمته ، وكذلك المرأة وخالتها لا يحل الجمع بينهما ، لأننا لو فرضنا الخالة رجلا كان خالا لها ، والخال لا يحل له أن يتزوج بنت أخته ، ولو فرضنا بنت الأخت رجلا كانت الأخرى خالة له ، ولا يحل للرجل أن يتزوج خالته ، أما

= الأختين لأن قرابة الولادة أقوى ، فالنص الوارد فى الأخوات يكون وارداً هنا بالطريق الأولى ، وهو قول ضعيف ورأى شاذ لا يعول عليه ، لأن معنى قول الله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » أى ما وراء ما حرم الله تعالى والجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها مما حرمه الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ، فى قوله « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها .. الخ . » وهو حديث صحيح لا مطعن فى واحد من رواته ، بل قال كثير من العلماء فيه : إنه حديث مشهور يجوز تخصيص القرآن به ، انظر فى هذا الموضوع المغنى والشرح الكبير ج ٧ ص ٤٨٧ . والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٥٢٤ .

المرأة وابنة عمها فإنه يجوز للرجل أن يتزوج بهما وأن يجمع بينهما لأنه لو فرضت أية واحدة منهما رجلا جاز له أن يتزوج بالأخرى ، لأنها تكون ابنة عمه، والرجل يجوز له أن يتزوج بابنة عمه .

ومن هذه القاعدة يتبين أنه لا بد لحرمة الجمع بين المرأتين أن يكون فى الإمكان فرض كل واحدة منهما رجلا وألا تحل له الأخرى عند هذا الفرض أما إذا كان تحريم الزواج ثابتاً فى حالة فرض واحدة معينة منهما رجلا دون الأخرى فلا يحرم الجمع بينهما ، وذلك كالمرأة وابنة زوج كان لها من قبل ، فإنه يصح أن يجمع فى الزواج بين هذه المرأة وبنت زوجها الأول لأننا لو فرضنا البنت رجلا لم يجز له أن يتزوج بهذه المرأة لأنها زوجة أبيه ، لكن عند فرض زوجة الأب رجلا تزول عنه صفة زوجة الأب ، لأن فرضها رجلا يخرجها عن أن تكون زوجة للأب، ثم إذا فرضت رجلا لا يكون بينه وبين البنت علاقة تستوجب التحريم ، إذ هى أجنبية عنه فيجوز له أن يتزوجها ، وقد جمع عبد الله ابن جعفر بين زوجة على بن أبى طالب وهى ليلى بنت مسعود النهشلية وبين ابنته من غيرها ولم ينكر عليه أحد من أهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز[١] .

حكم الجمع بين الأختين ومن فى حكمهما :

وإذا أقدم رجل على الزواج بامرأتين بينهما قرابة محرمة كالأختين وكالمرأة وعمتها أو خالتها فإن تزوجهما فى عقد واحد كان العقد فاسداً بالنظر إليهما ، جميعاً ، لأن إحداهما ليست أولى بفساد الزواج من الأخرى فيجب التفريق بينه

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٦٤ .

وبينهما ، فإن كان قبل الدخول فلا شيء لهما ، وإن كان بعد الدخول وجب لكل واحدة منهما الأقل من المسمى ومهر مثلها كما هو الحكم فى الزواج الفاسد ووجبت العدة عليهما . فإن دخل بواحدة منهما ولم يدخل بالأخرى وجب لمن دخل بها مهر مثلها بحيث لا يزيد عن المسمى ووجبت عليها العدة ولا شيء لمن لم يدخل بها .

وإن تزوج كلا منهما بعقد مستقل صح زواج الأولى منهما وفسد زواج الثانية ، لأن الجمع حصل بهذا الزواج فيقتصر الفساد عليه فيجب التفريق بينهما فإن فرق بينهما قبل الدخول فلا شيء لها ، ولا يترتب على العقد شيء من الآثار وإن كانت الفرقة بعد الدخول وجب لها الأقل من المسمى ومهر مثلها ووجبت عليها العدة ، وحرم على الرجل قربان زوجته الأولى التى صح زواجها حتى تنقضى عدة الثانية ، لئلا يكون جامعا بينهما والجمع بين المحارم لا يجوز .

تزوج الأخت ومن حكمها فى العدة

وإذا فارق الرجل زوجته وأراد أن يتزوج بأختها أو امرأة أخرى محرّمة لها كخالتها أو عمتها فإن كانت الفرقة لوفاة الزوجة جاز له أن يتزوج بواحدة منهن فى الحال من غير توقف على مضى مدة بعد الوفاة ، وإن كانت الفرقة لطلاق الزوجة فإن كان طلاقاً رجعياً لم يجز له أن يتزوج بواحدة منهن إلا بعد انقضاء العدة من غير خلاف بين الفقهاء فى ذلك ، فإن تزوج بواحدة منهن قبل انقضاء العدة كان العقد فاسدا ، لأن الطلاق الرجعى لايزيل الملك ولاالحل الثابت بالزواج الرجل فيكون الزواج بعده قائماً حكماً ، فلو أبيح الزواج قبل انتهاء العدة لكان جامعاً بين المحارم والجمع بين المحارم لايجوز .

وإن كان طلاقا بائنا لم يجز له الزواج بواحدة منهن عند أئمة الحنفية مادامت العدة قائمة سواء كانت العدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو بائن بينونة كبرى .

وقال الشافعية والمالكية (١) يصح الزواج بأخت المطلقة ومن حكمها فى أثناء العدة من الطلاق البائن سواء أكان بائناً بينونة صغرى أو كبرى .

والراجح ماذهب إليه الحنفية ، وهو الذى يجرى عليه العمل فى المحاكم لأن العدة لها حكم الزواج القائم من بعض الوجوه من جهة وجوب النفقة على المطلق وثبوت نسب الولد منه إن كان هناك حمل .

ولأن الزواج بالأخت أو بإحدى المحارم قبل انقضاء العدة ولو من طلاق بائن يؤدى إلى قطيعة الرحم التى أمر الله بوصلها ، لأن المسارعة إلى زواج الأخت ومن فى حكمها فى وقت حدة الفراق يكون أشد ألما للمرأة المطلقة وقد يدل على تدبير سابق فيكون حراماً كالزواج فى حال قيام الزوجية أو العدة من الطلاق الرجعى .

٥ — المرأة الخامسة لمن كان متزوجا بأربع سواها ، فإذا كان للرجل أربع زوجات فلا يحل له أن يتزوج بخامسة ، فإن أراد أن يتزوج بخامسة فعليه أن يطلق واحدة من زوجاته الأربع ، وينتظر حتى تنتهى عدتها ، ثم يتزوج بمن أراد الزواج بها ، وذلك لأن الشريعة الإسلامية لاتبيح للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات فى وقت واحد كما يدل على ذلك قول الله تعالى « وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٥٥

خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا » (١) فإن هذه الآية — كما فهم جمهور المسلمين (٢) — تفيد — تفيد إباحة الزواج بأربع

---

(١) آية : ٣ من سورة النساء

(٢) وذهب الروافض إلى أنه يجوز للرجل أن يجمع فى عصمته تسع زوجات، واستندوا فى ذلك إلى هذه الآية لأنها — كما زعموا — بينت العدد الذى يجوز الزواج به شرعا بمثنى وثلاث ورباع ، وعطفته بالواو التى تفيد الجمع ومجموع هذه الأعداد تسع .

وذهب الخوارج إلى أنه يجوز للشخص أن يجمع فى عصمته ثمانى عشرة امرأة واستندوا أيضاً إلى هذه الآية لأن مثنى — كما زعموا — معناه اثنين اثنين، وثلاث معناه ثلاثة ثلاثة ورباع معناه أربعة أربعة، والواو للجمع فيكون المجموع ثمانى عشرة .

وهذا كله جهل باللغة العربية ومخالف للسنة ولما أجمعت عليه الأمة ، لأن الله تعالى خاطب العرب بأفصح اللغات ، والعرب لا تدع أن تقول : تسعة : وتقول اثنين وثلاثة وأربعة ، وكذلك تستقبح من يقول : أعط فلانا أربعة وستة وثمانية ، ولا يقول . ثمانية عشر ، وإنما الواو فى هذا الموضع — كما يقول القرطبى — للبدل ، أى انكحوا ثلاثا بدلا من اثنتين ، وأربعا بدلا من ثلاث ، فالآية على هذا أريد بها التخيير بين الزواج باثنتين وثلاث وأربع ، نظير هذا قول الله تعالى « جاعل الملائكة رسلا أولى أجنحة مثنى وثلاث ورباع » فإنه سبحانه لم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة أو ثمانية عشر ، وإنما أراد أنه جعل أجنحة فريق من الملائكة مثنى فلكل واحد منهم جناحان ، وجعل أجنحة فريق ثان ثلاث فلكل منهم ثلاثة أجنحة ، وجعل أجنحة فريق ثالث رباع ، فلكل منهم أربعة أجنحة . ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية

وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لغيلان الثقفى حين أسلم وله عشر نسوة « اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن » ولم ينقل عن أحد من الصحابة ولا التابعين أنه جمع فى عصمته أكثر من أربع زوجات، فيكون هذا منهم إجماعا عمليا على أنه لا يجوز الزواج بأكثر من أربع نسوة .

زوجات وتحريم مازاد على ذلك كما يدل على هذا سبب نزول هذه الآية فإنها نزلت في شأن الأولياء الذين تحرجوا من الولاية على اليتامى خوفا من الوقوع في ظلمهم وأكل أموالهم مع أنهم كانوا لا يتحرجون من ترك العدل بين الزوجات ، حيث كان الواحد منهم يجمع في عصمته ماشاء من النساء ، ولا يقف في الجمع بينهن عند حد ، ولا يعدل بينهن ، فقال لهم المولى جل شأنه : إن خفتم الوقوع في ظلم اليتامى فتحرجتم من الولاية عليهم فخافوا أيضاً من الوقوع في ظلم النساء وقللوا عدد الزوجات ، واقتصروا على أربع منهن ، فإن خفتم الجور في الزيادة على الواحدة فاقتصروا على زوجة واحدة ، فإن خفتم الجور في الزواج لواحدة فلا تتزوجوها وعليكم بما ملكت أيمانكم ، فإنه أحرى ألا تجوروا عليهم ، فإن العدل بين الإماء في الفراش غير واجب (١) ،

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لغيلان الثقفي حين أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه « أمسك منهن أربعا وفارق سائرهن »(٢) .

وروى أن نوفل بن معاوية أسلم وعنده خمس نسوة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « أمسك أربعاً ، وفارق الأخرى »(٣) .

وهذا يدل على أن منتهى العدد المشروع هو أربع زوجات ولو كانت الزيادة على الأربع حلالا لما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالاقتصار عليهن ومفارقة مازاد على ذلك . وفي هذا رد على كل من يقول بحل الزيادة على الأربع .

القيود التي وضعها الإسلام لإباحة التعدد .

ومن هذا يعلم أن تعدد الزوجات لم يكن أمراً جديداً أتت به الشريعة

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ ٥ صـ ١٢ . تفسير المنار جـ ٤ صـ ٣٤٦ :

(٢) منتقى الأخبار جـ ٦ ص ١٣٦ .

(٣) المغني والشرح الكبير جـ ٧ ص ٤٣٦ .

الإسلامية وإنما كان أمراً معروفا فى جزيرة العرب مألوفا بين جميع الطبقات وأن الشريعة قيدت هـذا التعدد وجعلته مقصوراً على أربع زوجات وحرمت ما زاد عليهن ، وبذلك حمت النساء من الظلم الذى كان يقع عليهن من جراء هذا التعدد ، حيث كان الرجل يجمع فى عصمته ما شاء من الزوجات من غير تقيد بعدد معين مما كان يترتب عليه عدم إقامة العدل بينهن والميل إلى بعض الزوجات وترك ما عداها معلقة فلا هى متزوجة تتمتع بحقوق الزوجية كما تتمتع غيرها من الزوجات ولا هى مطلقة تستطيع أن تتزوج برجل آخر .

ولم تـكتف الشريعة بذلك بل شرطت لإباحة التعدد شرطـاً آخر تتحقق بمراعاته المصلحة التى شرع لها هذا التعدد ، وهو العدل بين الزوجات ، وذلك فى قوله تعـالى « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ملـكت أيمانـكم ذلك أدنى ألا تعدلوا » فإنه ـ سبحـانه ـ أمر بالاقتصار على زوجة واحدة إذا علم الإنسان أو ظن أنه سيجور ولا يعدل بين زوجاته ، وبين أن الاقتصار على الواحدة أدنى إلى إمكان العدل والبعد عن الوقوع فى الجور والظلم ، وهـذا يدل على أن إباحة التعدد مقيدة بالعدل بين الزوجات ، وأن من لم يأمن على نفسه من الوقوع فى الجور إذا تزوج بأكثر من واحدة فلا يحل له شرعا الإقدام على الزواج ، لما فيه من الظلم الذى يترتب عليه خراب البيوت وفساد الأسر .

والمراد بالعدل الذى أوجبه الشارع على الأزواج وجعله شرطاً لإباحة التعدد هو العدل الذى يستطيعه الإنسان ويقدرعليه ، وهوالتسوية بين الزوجات فى الأمور الظاهرة مثل النفقة والمبيت وحسن المعاشرة .

أما العدل فى الأمور التى لا يستطيعها الإنسان ولا يقدر عليها كالمحبة والميل القلبي فليس بمراد من العدل الذى أوجبه الشارع ، وجعله شرطاً لإباحة التعدد ،

لأن هذا لا يدخل تحت الاختيار والإرادة ولا يكلف الإنسان إلا بما يستطيعه ويقدر عليه ، وهذا ما أرشدت إليه الآية الكريمة « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة[1] فإن معنى هذه الآية : أن العدل الكامل الذى يشمل التسوية بين الزوجات فى المحبة والميول القلبية غير مستطاع لكم ولو حرصتم ، فيجب ألا يقصر الزوج فيما يستطيعه من التسوية فى النفقة والمبيت وحسن المعاشرة بالنسبة لمن لا يميل قلبه إليها من الزوجات حتى لا يتركها كالمعلقة فلا هى زوجة تتمتع بحقوق الزوجية ، وتعامل معاملة الأزواج ولا هى مطلقة تستطيع أن تختار غيره من الأزواج .

فكأن الله — سبحانه — يقول لنا : قد علمنا أن هناك عدلا خارجا عن طاقتكم واستطاعتكم ، وهو العدل فى ميل النفوس والمحبة فلا نكلفكم به ، وإنما كلفنا كم ما تقدرون عليه ، وهو عدم الاسترسال فى متابعة هوى النفوس فتتخذوا الميل القلبى ذريعة الميل فى المعاملة فتكونوا قد ملتم كل الميل ، هذا ما نهينا كم عنه ، فلا تميلوا كل الميل .

وهذا المعنى هو ما بينه النبى صلى الله عليه وسلم بفعله وقوله ، فقد كان صلى الله عليه وسلم يحسن معاملة نسائه ، ويسوى بينهن فى كل ما يستطيعه وكان لا يأتى حجرة إحدى الزوجات فى نوبة الأخرى إلا بإذنها حتى إنه صلى الله عليه وسلم كان يطاف به ، وهو فى حالة المرض على بيوت زوجاته محمولا على الأكتاف ولم يرض الإقامة فى بيت إحداهن خاصة ، وذلك حفظا للعدل بين زوجاته فلما كان عند إحدى نسائه سأل فى أى بيت أكون غداً ؟ فعلم نساؤه أنه يسأل عن نوبة عائشة فأذن له فى المقام عندها مدة المرض ، فقال : « هل رضيتن ؟ فقلن نعم ، فلم يقم فى بيت

---

(١) آية : ١٢٩ من سورة النساء .

عائشة حتى علم رضاهن ، وكان يعتذر عن ميله القلبى إلى عائشة أكثر من سائر نسائه بقوله « اللهم هذا (يعنى العدل فى البيات والعطاء وحسن المعاملة) قسمى فيما أملك تلمنى فيما تملك ، ولا أملك » يعنى بذلك صلى الله عليه وسلم المحبة وميل القلب ، وفى هذا دليل واضح على أن العدل نوعان : نوع يستطيعه الإنسان ، وهو التسوية بين الزوجات فى الأمور الظاهرة ونوع لا يستطيعه الإنسان ، وهو التسوية فى الميول القلبية والمحبة الباطنية ، وإن الإنسان لا يكلف إلا ما يستطيعه ويقدر عليه .

وحذر صلى الله عليه وسلم من الجور والظلم فى معاملة الزوجات فقال صلى الله عليه وسلم « من كانت له امرأتان يميل إلى إحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل »(١) .

هذا ما شرطه الشارع لإباحة التعدد ، كما يؤخذ من صريح الآية التى دلت على هذه الإباحة ، وهناك شرط آخر دل عليه الحديث الصحيح ، والقواعد المعلومة من الدين بالضرورة وهو القدرة على الإنفاق، فإذا لم يكن عند الشخص من أسباب الرزق ما يستطيع معه الإنفاق على أكثر ممن فى عصمته ، فلا يحل

---

(١) ومن هذا يتبين بطلان ما قاله ويقوله من زعموا لأنفسهم حق استنباط الأحكام من القرآن الكريم والأدلة الشرعية : إن إباحة التعدد : مقيدة بالعدل بين الزوجات بدلالة قوله تعالى « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » وأن هذا العدل غير مستطاع ولا يمكن أن يكون بدليل قوله تعالى فى الاية الأخرى « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » فإذا كان العدل بين أكثر من واحدة مستحيلا بشهادة هذه الآية فقد انسد باب التعدد لاستحالة تحقق الشرط الذى شرطه الشارع لإباحته .

له شرعا الإقدام على الزواج بزوجة أخرى ، وهذا الشرط ـ وإن كان متفقا عليه بين الفقهاء — إلا أنه ليس خاصاً بحالة التعدد وإنما هو شرط عام وشامل لحالة التعدد وحالة الإفراد ، فمن كان لا يستطيع الإنفاق على زوجة واحدة لا يباح له شرعا الإقدام على الزواج ، كما أن من لا يستطيع الإنفاق على أكثر من زوجة واحدة لا يحل له أن يتزوج بامرأة أخرى .

حكمة إباحة تعدد الزوجات والأسباب التى اقتضتها :

ظهر لنا مما تقدم أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات، ووقفت به عند حد معين وهو الأربع بعد أن كان مطلقاً لا يقف عند حد ،وأنها قيدت هذه الإباحة بشروط إذا روعيت تحققت المصلحة من هذا التعدد ، ولقد كان هذا التشريع مثار نقد وطعن على الشريعة ومادة للهجوم والتطاول عليها من بعض الغربيين وممن تأثروا بأفكارهم وعاداتهم وتقاليدهم من المسلمين فقالوا : إن الإسلام يعمل على تقويض دعائم الأسرة وإثارة الشحناء بين أفرادها بإباحته تعدد الزوجات متأثرين فى ذلك بعاداتهم وتقليدهم الدينى وغلوهم فى تعظيم النساء ، وبما يسمعون ويعلمون من حال كثير من المسلمين الذين يتزوجون عدة زوجات لمجرد التمتع الحيوانى من غير تقيد بما قيد القرآن به جواز ذلك .

ولو أن هؤلاء الناقدين نظروا إلى الأسباب التى اقتضت هذا التشريع والحكم التى لأجلها أبيح تعدد الزوجات ، ووازنوا بين المنافع الكثيرة التى تترتب على هذه الإباحة والمضار القليلة التى قد تنشأ عنها لعرفوا أن الشريعة تستحق الثناء والتقدير لا التطاول والهجوم .

ونحن إذا نظرنا إلى هذه الأسباب والحكم وجدناها تتلخص فيما يأتى :

١ — كان الناس قبل الإسلام بين فريقين: فريق يسير على نظام تعدد الزوجات من غير تقيد بعدد ولا قوف عند حد معين وإن ترتب عليه ظلم الزوجات وهضم حقوقهن، وفريق يسير على نظام وحدة الزوجة وإن ترتب عليه إرهاق الأزواج وإيقاعهم فى العنت والمشقة فلما جاء الإسلام وظهر نوره فى الشرق لم يسلك مسلك المبيحين إباحة مطلقة ولا مسلك المانعين منعا مطلقا بل سلك مسلكا وسطا فأباح تعدد الزوجات بشروط خاصة مراعيا فى ذلك بعض الحاجات والضرورات اللازمة للطبيعة البشرية أو المجتمعات الإنسانية، ولاشك أن هذا المسلك الوسط هو الذى يتفق مع عموم الشريعة الإسلامية لكل الأجناس والأجيال فهى ليست خاصة بأقليم دون إقليم ولا زمن دون زمن وإنما هى شريعة عامة لكل زمان ومكان فهى تخاطب أهل أوربا وأهل المناطق الحارة وأهل المناطق المعتدلة كما تخاطب الرجل المعتدل فى شهواته والحاد المفرط فيها فالشريعة التى يكون لها هذا العموم يجب أن يكون فيها من السعة ما يرضى المعتدل ويهذب مزاج الحاد الذى لا تندفع حاجته بزوجة واحدة فلو سددنا على هذا الصنف باب التعدد لفتح لنفسه باب الزنا واتخاذ الخليلات كما تفعل الأمم التى لاتجيز تشريعاتها الوضعية تعدد الزوجات.

يقول شهو نهور الفيلسوف الألمانى المشهور : ولقد أصاب الشرقيون مرة أخرى فى تقريرهم لمبدأ تعدد الزوجات، لأنه مبدأ تحتمه وتبرره الإنسانية، والعجب أن الأوربيين فى الوقت الذى يستنكرون فيه هذا المبدأ يتبعونه عمليا، فما أحسب أن بينهم من ينفذ مبدأ الزوجة الواحدة على وجهه الصحيح (١)

---

(١) مقالات المرحوم الشيخ محمد زاهد الكوثرى ص ٢٢٢

ويقول جوستاف لوبون « إن تعـدد الزوجات المشروع عند الشرقيين أحسن من عدم تعدد الزوجات الريائى عند الأوربيين وما يتبعه من مواكب أولاد غـير شرعيين » (١).

٢ — إن الأمة قد يعرض لها نقص فى رجالها كما يحدث فى أعقاب الحروب فإذا لم يبح للرجل أن يعول بالزواج أكثر واحدة بقى عدد هائل من النساء بدون عائل يقوم بشئونهن ومن غير زوج يحصن نفوسهن فيكن عالة على المجتمع وشراً على الأمة.

ولهذا فإن مجلس نورمبرج قد اتخذ قراراً بعد الحرب الثلاثينية سنة ١٦٥٠ حينما نقص عدد الرجات عن عدد النساء بأن للرجل الحق فى التزوج بأكثر من واحدة

ولعلنا نذكر المظاهرات الضخمة التى قامت بها النساء الألمانيات إثر نهاية الحرب العالمية الثانية يطالبن بالأخذ بنظام تعدد الزوجات بعد أن طحنت الحرب معظم رجال ألمانيا ، وأصبحت المرأة التى تجد زوجاً كأنها وجدت كنزاً ، وبعد

---

(١) الإسلام والحضارة العربية لمحمد كرد على ج ١ ص ٨١ ، وفى كتاب الإسلام والمجتمع العربى للدكتور على عبد الواحد ، أنه فى السويد تعطى الزوجة حق اختيار صديق يكون له ما للزوج من حقوق ، وفى فرنسا وانجلترا قد يعلم الزوج أن لزوجته خدناً أو أخداناً ، وقد تعلم الزوجة أن لزوجها خليلة أو خليلات ، ويغمض كل منهما العين على ذلك ويتقارضان التسامح ليشبع كل منهما نزوته ، وقد تدعو الزوجة خليلها إلى الغداء أو العشاء فى منزلها فيقابله زوجها بالترحاب مع علمه بأنه خليل لزوجته وقد لا تسمح له ظروفه بالبقاء معه بعد الغداء أو العشاء فينصرف معتذراً مودعاً تاركاً ضيفه الكريم فى رعاية زوجته ، وهناك وضع منتشر انتشاراً كبيراً فى فرنسا على الأخص ، ويسمونه هناك بالتعايش الثلاثى ، وهو أن يقيم العشيق مع عشيقته وزوجها فى منزل واحد ، ويعيش الثلاثة على هذا الوضع على أتم وفاق .

أن امتلأت الشوارع بالأطفال اللقطاء ثمرة الاتصال غير المشروع بين نساء فى حاجة إلى عائل غير موجود وبين جنود الاحتلال الأمريكيين والفرنسين والإنجليز (١) .

وقد تنبه إلى هذا كثيرات من كاتبات الغرب فنادين بتعدد الزوجات حتى يكون لكل امرأة قيم وكفيل من الرجال ، ونقل السيد رشيد رضا طائفة من أقوال هؤلاء الكاتبات فى تفسير المنار (٢) .

٣ — إن الرجل قد يتزوج المرأة ثم يتبين أن طباعها لا توافق طباعه ، أو أنها عقيم لاتلد أو أن بها مرضا يحول بينها وبين الحياة الزوجية الصحيحة ، وتقوم ظروف خاصه يحرص الرجل فيها على هذه المرأة ، ولا يود فراقها ، فمن لطف الله بعباده ورحمته بهم أن أباح لهم التزوج بأخرى للخلاص من هذا الحرج ، حتى لايلجئوا إلى سلوك طريق آخر .

وإنما أبيح التعدد للرجال دون النساء لحكمة عالية ومصلحة اجتماعية كبيرة ، ذلك إنه لو أبيح للمرأة أن تكون عقد زوجين فأكثر لفسد العالم وضاعت الأنساب وقتل الأزواج بعضهم بعضا واشتدت الفتنة وساءت حال المرأة التى يتنافس فيها الشركاء المتشاكسون المتزاحمون .

---

(١) الدكتور مصطفى الشكعة « إسلام بلا مذاهب » .

(٢) جـ ٤ ص ٣٦٠ وإليك بعضاما جاء فيه : قالت كاتبة فاضلة : لقد كثرت الشاردات من بناتنا وعم البلاء وقل الباحثون عن أسباب ذلك ، وقلبى يتقطع شفقة عليهن وحزنا وماذا عسى يفيدهن بثى وحزنى وتوجعى وتفجعى وإن شاركنى الناس فيه جميعا ؟ لافائدة إلا فى العمل بما يمنع هذه الحالة السيئة ، ولله در العالم الفاضل « تومس » فإنه رأى الداء ووصف له الدواء الشافى وهو إباحة التزوج =

والسر فى الاقتصار على الأربع أن للزوجة حقوقاً على الرجل اقتضاها عقد الزواج إذا قصر فيها كان مؤاخذاً أمام الله ، فإن شارك الزوجة غيرها وجب على الزوج أن يعدل بينهما وهذا العدد أقرب إلى تحقق العدل فيه مما زاد عليه ، وفى ذلك رحمة بالضرة إذ جعل غاية انقطاع زوجها عنها ثلاثاً ثم يعود إليها .

بقى الكلام فيما يقال : إن التعدد يؤدى إلى فساد الأسرة ، لأن العداوة بين الضرائر لا تنقطع ، ولها أسوأ النتائج فى حل الروابط بين أفراد الأسرة ، ولأن أولاد الرجل الواحد من أمهات شتى ينشئون متعاديين متباغضين ، ولأن الرجل فى الغالب لا يستطيع العدل بين الزوجات فتكثر الخصومات والمنازعات .

= بأكثر من واحدة ، وبهذه الإباحة يزول البلاء لا محالة وتصبح بناتنا ربات بيوت فالبلاء كل البلاء فى إجبار الرجل الأوربى على الاكتفاء بامرأة واحدة . فهذا التحديد هو الذى جعل بناتنا شوارد وقذف بهن إلى التماس أعمال الرجال ، ولابد من تفاقم الشر إذا لم يبح للرجل أن يتزوج أكثر من واحدة ، أى ظن وخرص يحيط بعدد الرجال المتزوجين الذين لهم أولاد غير شرعيين الذين أصبحوا كلا وعالة وعاراً على المجتمع الإنسانى ؟ فلو كان تعدد الزوجات مباحا لما حاق بأولئك الأولاد وبأمهاتهم ماهن فيه من العذاب الهوان ولسلم عرضهن وعرض أولادهن ، فإن مزاحمة المرأة للرجل ستحل بنا الدمار ألم تروا أن حال خلقتها تنادى بأن عليها ماليس على الرجل وعليه ماليس عليها ، وبإباحة تعدد الزوجات تصبح كل امرأة ربة بيت وأم أولاد شرعيين .

ونشرت الكاتبة «مس آن رود» مقالة فى جريدة « الايسترن ميل» فى العدد الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩٠١ » نقتطف منها ما يأتى « لأن يشتغل بناتنا فى البيوت خدما أو كالخدم خير وأخف بلاء من اشتغالهن فى المصانع حيث تصبح البنت ملوثة بأدران تذهب برونق حياتها إلى الأبد ، ألا ليت بلادنا كبلاد المسلمين فيها الحشمة والعفاف والطهارة .

وردنا على ذلك : أن الإسلام لم يجعل التعدد واجباً ولا مستحباً وإنما أباحه بشروط خاصة لبعض الحاجات والضرورات اللازمة للطبيعة البشرية أو المجتمعات الإنسانية ، فهو تشريع استثنائى لا ينبغى أن يلجأ إليه إلا عند الحاجة الملحة كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، وهذه المفاسد والمساوىء نشأت من انحراف الناس عن الدين ، وعدم تمسكهم بتعاليمه .

ولو أن الناس ساروا فى استعمال هذا الحق على سنن الدين وراعوا قيوده لما كانت له هذه الأضرار والمساوىء ولما رأينا شاكياً ولا متألماً .

أما العداوة التى تكون بين الضرائر وبين أولادهن فمرجعها إلى الغيرة الطبيعية التى لا يمكن سلامة النفوس منها ، ومثل هذا الأمر الطبيعى لا يمكن وقف التشريع لأجله تحصيلا للفوائد الكثيرة التى تترتب عليه والتى سبق بيانها .

على أن هذه العداوة تحدث كثيراً بين الزوجة وأقرباء زوجها ولم يمنع ذلك من إباحة الزواج لأنها وإن كانت شراً لكنه شر قليل لا يترك لأجله الخير الكثير المترتب على الزواج .

وجملة القول أن الإسلام أتى فى هذا الأمر بالكمال الذى لابد أن يعترف به جماهير الأوربيين ولو بعد حين ، كما يعترف به بعض فضلائهم وفضلياتهم الآن .

الدعوة إلى منع تعدد الزوجات إلا بإذن من القاضى

ومع ما بينا من الأسباب والحكم التى دعت إلى إباحة تعدد الزوجات والقيود التى قيدت بها الشريعة هذه الإباحة فإن الناقدين للإسلام فى تعدد الزوجات لم يقفوا عند حد النقد بل تعدوه إلى الدعوة إلى وضع قانون يمنع تعدد الزوجات ولا يباح إلا إذا تأكد القاضى من تحقق ما شرطه الشارع لإباحة التعدد ، وهو العدل بين الزوجات والقدرة على الإنفاق ، فإن ظهر للقاضى أن من يريد التزوج بأكثر

من واحدة مظنة حسن المعاشرة وعدم الجور ، وأنه يقدر على الإنفاق على أكثر ممن فى عصمته ومن تجب عليه نفقته أجاز له التعدد وإن ظهر له أنه ليس كذلك منعه من التعدد ، ولم يأذن له فيه ، لأن بقاء الناس على ماهم عليه قد أدى إلى الإسراف فى استعمال هذا الحق بدون مبرر شرعى ولامراعاة لضرورة أو مصلحة غير قضاء الشهوة ، ولم يبال الكثير من الرجال بما شرطه الدين لإباحة التعدد والتمتع بهذه الرخصة مما ترتب عليه كثرة الخصومات وإهمال تربية النشء وكثرة المتشردين ومن لاعائل لهم .

وهذه الدعوة ليست جديدة — كما قد يتبادر إلى أذهان كثير من الناس — وإنما هى دعوة قديمة نادى بها كثير ممن تأثروا بالأفكار الأوربية التى لا تفهم التعدد فى الزواج ، وإن كانت تفتح الباب على مصراعيه لغير الزواج ، ورأوا فى التعدد ظلما للمرأة وهضما لحقوقها .

وكان أول من نادى بهذه الفكرة من الشرعيين المغفور له الشيخ محمد عبده فقد حمل على التعدد حملة شعواء فى دروسه ومقالاته ، واقترح على الحكومة فى التقرير الذى قدمه إلى ناظر الحقانية سنة ١٨٩٧ أن تضع نظاماً تشرف به على تعدد الزوجات حتى لا يقدم عليه من ليس له بأهل ولا له استطاعة ، ولكن الحكومة لم تأخذ بهذا الاقتراح ، وقد قام تلاميذه من بعده بالدعوة إلى ما كان يدعو إليه أستاذهم واستمروا فى ترديدها والعمل على تحقيقها كلما سنحت لهم الفرصة .

وقد كان وراء هؤلاء المخلصين أناس آخرون حانقون على الإسلام قوته وانتشاره وكثرة سواد المسلمين التى يعتقدون أن لتعدد الزوجات أثراً كبيراً فيها ، فراحوا يطعنون فى مبدأ تعدد الزوجات ، وتهجموا على الإسلام ورسول الإسلام بغير حق وبغير تأمل ولا بحث ، ولقد لقيت دعوتهم قبولا عند من لا يفهمون حقيقة الأمر من المسلمين ، لأن هذا الطعن جاء فى وقت ضعف فيه

الوازع الدينى ودب الفساد فى بعض الأسر بسبب التعدد الذى لم تراع فيه الشروط التى قيدت الشريعة إباحة التعدد بها .

ولما ألفت فى سنة ١٩٢٦ لجنة لتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية وكان أكثر أعضائها من تلاميذ المغفور له الشيخ محمد عبده الذين تأثروا بدعوته وضعوا مقترحات تتضمن تقييد تعدد الزوجات تقييداً قضائياً بالقيدين السابقين ، وهما العدل بين الزوجات والقدرة على الإنفاق ، ولكن قامت معارضة شديدة لهذا المشروع وتناوله رجال الفقه بالنقد والتزييف مما دعا أولياء الأمر فى ذلك الوقت إلى العدول عنه والامتناع عن إقراره وبذلك قبر هذا المشروع .

وفى سنة ١٩٤٥ وضعت وزارة الشئون الاجتماعية مشروعا يقضى بتقييد تعدد الزوجات بحيث لا يباح إلا بإذن القاضى الشرعى ، ولكن هذا المشروع لم يكتب له التوفيق كسابقه .

ولما ألفت فى هذه الأيام لجنة لوضع قانون موحد للأحوال الشخصية قام المعتنقون لفكرة المنع من تعدد الزوجات بالدعوة إليها بمختلف الوسائل والطرق مؤملين أن يصلوا إلى ما عجزوا عن الوصول إليه من قبل .

وتقوم هذه الفكرة — عند المعتدلين منهم — على جعل الشرطين للذين قيدت الشريعة إباحة التعدد بهما يخرجان عن نطاق التكاليف الدينية التى تكون بين العبد وربه إلى التكليف القضائى فيمنع ولى الأمر من توثيق عقد زواج من له زوجة إلا إذا تأكد القاضى عدالته وقدرته على الإنفاق على أكثر ممن فى عصمته ومن تجب عليه نفقته .

ونحن نقرر هنا أنه لا يصح أن يوكل أمر تحقق الشرطين اللذين قيد الشارع إباحة التعدد بهما إلى القاضى أو غيره ، وذلك للأمور الآتية .

١ — أن الله سبحانه جعل الخوف من عدم العدل المانع من إباحة التعدد هو خوف الراغب فى الزواج وليس خوف أحد سواه من قاض أو غيره ، وذلك فى قوله سبحانه « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » فإن الخطاب فيه للراغبين فى الزواج بنص القرآن فيكون جعل غيره صاحب شأن فى ذلك مخالفاً لهذا النص ، ومخالفة النص لا تجوز .

ومثل ذلك القدرة على الإنفاق فإنها موكولة إلى الراغب فى الزواج ، كما يدل على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ... » فإن الخطاب فيه للراغبين فى الزواج وليس خطابا لغيرهم ، فإذا جعل لغيرهم شأن فى ذلك ترتب على ذلك مخالفة هذا النص ، ومخالفة النص لا تجوز .

٢ — إن التحقق من الشرطين اللذين قيد الشارع الحكيم إباحة التعدد بهما لو كان موكولا إلى غير الراغب فى الزواج من قاض أو غيره لحرص النبى صلى الله عليه وسلم أن يراقب حال الراغبين فى الزواج ليعلم هل الراغب فى الزواج بأكثر من واحدة له قدرة على الإنفاق أو ليست له قدرة ، وهل هو من الأشخاص الذين يؤمن منهم العدل بين الزوجات أو الذين لا يؤمن منهم ذلك ؟ .

ولو عرف الصحابة شيئاً من ذلك لرووه والتزموه ، ولوجدناهم يتساءلون عندما يرغب بعض الناس فى التزوج بأكثر من واحدة هل عنده القدرة على الإنفاق أم لا ؟ وهل يؤمن منه العدل بين الزوجات أو لا يؤمن منه ذلك ، ولا يمكن أن نفرض العدالة المطلقة والقدرة المطلقة فى عهدهم ، فإن الناس فى كل عصر فيهم البر والفاجر والقادر والعاجز ، فالمنع من التزوج بأكثر من واحدة إلا إذا تأكد القاضى أو غيره من تحقق العدالة بين الزوجات والقدرة على الإنفاق يخالف ماجرى عليه المسلمون من لدن عصر النبى صلى الله عليه وسلم إلى الآن .

٣ — أن تقدير مبلغ الحاجة إلى التزوج بأكثر من واحدة باعتبار الظروف لا يعرفه إلا الشخص نفسه ، وكذلك الخوف من الجور أو عدم الخوف لا يدركه إلا هو ، لأن ذلك من الأمور النفسية أو الوجدانية التى لا يعرفها أشد الناس صلة بالزوج فضلا عن القاضى الذى يوجب عليه عمله أن يكون بعيداً عن الاتصال بالخصوم اتصالا شخصياً ، ولا سبيل له إلى معرفة ذلك إلا عن طريق شهادة الشهود أو الاعتماد على الشهادات الرسمية ، وكلاهما لا يصح الاطمئنان إليه فى مثل هذه الحالة .

ومثل هذا القدرة على الإنفاق لأن مناطها غير معروف أهو حال الزوجة أم حاله هو ؟ وإذا اعتبرت حاله « لأنه المعمول به فى المحاكم فى تقدير النفقة » وكانت الزوجة الأولى ومن يريد أن يتزوج بها من طبقة دون طبقته وأراد أن ينزل فى معيشته إلى طبقتهما ، وأن يضيق قليلا بعد سعة فى سبيل ذلك الزواج الجديد توفيراً لرغبته، أيسوغ للقاضى أن يمنعه من الزواج بحجة أنه يجب أن يعيش فى رفاهية ويحرم نفسه من رغبة أحلها له الشارع .

ولو حكمنا بمنع الزواج الثانى الذى كان به التعدد لخوف الظلم أو لعدم القدرة على الإنفاق لكان علينا حتما أن نمنع كل زواج لم يقم الدليل على رجحان العدل والقدرة على الإنفاق حتى ولو كان الزواج الأول ، لأن ذلك مطلوب فى كل زواج سواء أكان الأول أم الثانى ، فلماذا يخص الزواج الثانى بإشراف القضاء عند إنشائه ؟ اللهم إلا أن يقال : إن منع التعدد مقصود لذاته فيجب منعه فى كل حال فى نظر المقترحين .

٤ — أن بعض الأسر الكريمة تستنكف أن يتدخل القضاء فى شئونها

ويطلع القضاة وكتاب المحاكم على أسرارها ، وقد يكون بالزوجة عيب يوجب على الزوج أن يتزوج سواها ، وهو فى ذاته عدل قادر على الإنفاق على أكثر من واحدة ،ولكنه لا يريد أن يكون هو وبيته موضع فحص وتحقيق بين يدى القضاء فيؤثر أن يرضى بالحرمان وأن يظلم بالبقاء مع زوجته من غير ثمرة على أن يتقدم للقضاء ويعلن للملأ أسرار بيته ودخائل أهله ، إن أمثال هؤلاء لن يتقدموا بطلب الإذن لهم بالزواج ، وسيتقدم الذواقون وترفض مطالبهم أو تجاب وفى الرفض سير فى الفساد ، وفى الإذن إباحة للزواج لغير المحق ، بينما استحيا المحق أن يتقدم .

٥ — أن هذا الاقتراح لو أخذ به سيترتب عليه تدخل القضاء فى حرية التعاقد وإهدار للإرادة الإنسانية عند كل من الرجل والمرأة فهو يتدخل فى حرية الرجل فيمنعه من تحقيق رغباته وتنفيذها فى الطريق الذى رسمه له الشارع ، ويتدخل فى حرية المرأة فيمنعها من التزوج بمن رأته هى وأولياؤها أهلا للزواج بها وقدروا أمره من كل وجوهه ورجوا منه العدالة فى العشرة والإنفاق بعد السؤال والبحث الذى لا يغنى معه بحث القضاء فتيلا ، ومع ذلك يقول القاضى للرجل : لا تفعل لأنك لا تعرف عدالة نفسك ولا مقدرتك المالية ، ويقول للمرأة : لا تفعلى لأنك أنت الأخرى لا تعرفيه وإن بحث الأولياء وتحرى العارفون .

قد يقال : إن هذا التدخل إنما هو لدفع الظلم والضرر عن الزوجة الأخرى ولكن هل وثق القضاء أن هذه الزوجة كانت عادلة فى معاملة زوجها وأنها كانت حافظة لبيته وقائمة بحقوق الزوجية ، وهل فى استطاعته معرفة ذلك ؟

مهما اجتمع له من وسائل البحث وأسباب المعرفة ، إنها أمور البيت وأسراره المغلقة فليس لأحد بها علم إلا الزوجان ، والكريم قلبه صندوق مغلق على أسرار أهله .

ولو فرضنا عدالة الزوجة فى معاملة زوجها ، فهناك طريق وضعه الشارع لحمايتها من الضرر الذى قد يترتب على التعدد ، فقد جعل لها بمقتضى ما استنبطه بعض الفقهاء الحق فى أن تشترط فى عقد الزواج ألا يتزوج عليها غيرها ، وبهذا الشرط تضمن المرأة حماية نفسها من ضرر التعدد إن وجد ، إذ يكون لها بمقتضى هذا الشرط الخيار فى أن تطلب فسخ الزواج ، لأن الزوج قد أخل بشرط من شروطه ، أو ترضى بما حدث وتتخلى عن حقها الممنوح لها بموجب العقد ، ولو أن الزوجة فاتها أن تشترط هذا الشرط فإن الشريعة تعطيها الحق فى طلب الفرقة لو قصر الزوج فى حق من حقوقها أو أذاها بالقول أو الفعل ، ولا شك فى أن سلوك هذا الطريق أولى من المطالبة بوضع تشريع يمنع تعدد الزوجات إلا بإذن القاضى ، فهو طريق قال به بعض الفقهاء المسلمين ، وتشهد له النصوص والقواعد الشرعية ، أما ذلك التشريع فلم يقل به أحد من فقهاء المسلمين ، فضلا عن مخالفته للنص الصريح الوارد فى القرآن الكريم وما جرى عليه عمل المسلمين من لدن عصر النبى صلى الله عليه وسلم إلى الآن كما تقدم .

٦ — إن ظاهرة تعدد الزوجات لم تصل بعد إلى حد يصح أن يوصف بالإسراف فى استعمال هذا الحق ، ذلك أن نسبة المتزوجين بأكثر من واحدة لم تزد على ٤٪ فى متوسط التعدادات الثلاثة الأخيرة (١) ولا يمكن أن يكون

---

(١) انظر الإحصاء السنوى للجيب «مصلحة الإحصاء والتعداد طبع سنة ١٩٥٨»

هؤلاء كلهم قد خالفوا ما شرطه الشارع لإباحة التعدد بل لا بد أن يكون بعضهم قد توافر فيه ذلك ، فإذا كان هـذا البعض نصف هذا العدد كانت نسبة المعددين الذين يستحقون المنع لا تزيد على ٢ ٪ فهل لمثل هـذه النسبة تشرع القوانين العامة التي لا يقتصر تطبيقها على من يحتمل منهم الإساءة بل يشملهم ويشمل غيرهم ممن لا يحتمل منهم ذلك .

ومع هذا فإن من يطلع على الاحصاءات المتعلقة بعقود الزواج التي تصدرها مصلحة الإحصـاء يجد أن تعدد الزوجات يسير إلى نقص مطرد ممـا يدل على انصراف الناس عنه من غير أن يكون هناك تشريع يمنعهم منه .

ولو أن الداعين إلى إشراف القضاء على تعدد الزوجات اقتصروا في مطالبهم على طلب تدخل القضاء وإشرافه بالنسبة لمن يثبت عليهم إساءة استعمال هذا الحق وهم الذين يكثرون من الزواج والطلاق لهان الأمر ، وقلنا إنه لا مانع منه شرعاً ، فقد أجازت الشريعة الحجر على من أسـاء التصرف في ماله ومن يسيء التصرف في الزواج كمن يسيء التصرف في المال فيكون حكمه كحكمه ، أما المطالبة بمنع الناس جميعاً من التعدد إلا بإذن القاضي من غير فرق بين من أساء التصرف في استعمال هذا الحق وبين غيرهم ممن لم يثبت عليهم إساءة التصرف فهو مما لا يشهد له شيء من الشريعة ولا يتفق مع المنطق السليم ، ولو كان هذا سائغا لجاز الحجر على الناس جميعاً في التصرف في أموالهم بحجة أن بعضهم أساء التصرف في ماله .

٧ — إن تعدد الزوجات ليس هو السبب في كثرة التشرد بين الغلمان ـ كما يقول الداعون إلى منع التعدد ـ وإنما السبب في ذلك هو الإهمال في تربية النشء ، وهذا الإهمال له أسباب كثيرة ، فقد يكون سببه فقد من يعول الطفل ولا يكون له مال يتربى به تحت إشراف المحـاكم الحسبية ، وقد يكون سببه إدمان الأب

شرب الخمر وتعاطى المخدرات ، وقديكون سببه اعتياد الأب لعب الميسر وإهمال شأن الأسرة ، وقد يكون سببه انتشار عادة التسول بين بعض الطبقات واتخاذه حرفة ومهنة ، ولا نكون مغالين إذا قلنا إن النسبة الكبرى لمتشردى الأطفال ترجع إلى هذه العادة الذميمة ، وقد يكون سببه فساد الأسرة ، وهذا الفساد قد يكون لنفرة مستحكمة عرضت بين الزوجين ، أو لأن العلاقة الزوجية بينهما تقم على أساس سليم أو لسوء أخلاقهما أو لتعدد الزوجات .

وقد ثبت بمقتضى الإحصاء الذى قام به مكتب الخدمة الاجتماعية لحصر حالات التشرد وبيان الأسباب التى تحدثه أن نسبة المتشردين بسبب تعددالزوجات لا تزيد على ٣ ٪ وهى نسبة ضئيلة جداً لا يصح أن يذكر بإزائها أن للتشرد علاقة بتعدد الزوجات وأن تتخذ تلك العلاقة أساساً للتفكير فى وضع حد للتعدد مع ما للتعدد من فوائد اجتماعية وخلقية تربو كثيراً عن هذه النسبة .

وإذا نسبنا حالات التشرد الناشئة عن تعدد الزوجات إلى الأطفال اللقطاء الذين يعثرعليهم رجال الشرطة والناس فى الشوارع والأزقة نتيجة لإعراض الشبان عن الزواج وانتشارالفسق والفجور لوجدنا أن الحال تدعو إلى إغفال هذه النسبة من التشرد والعناية الكبرى بتطهير المجتمع من أسباب الفساد التى لا تحلها شريعة ولا يحترمها مجتمع سليم .

٨ — وأخيراً نقول : هل يعتقد الداعون إلى إشراف القضاء على تعدد الزوجات أن الرجل إذا ذهب إلى القاضى وطلب منه الإذن بالزواج بامرأة قد استهوى كل منهما صاحبه وهام به حبا فقال القاضى : لا ، هل يعتقد أولئك أن الرجل سيقول للقاضى هو المرأة سمعنا وأطعنا ، وينصرف إلى بيته ليعنى بشئون أولاده ؟ يكون ذلك لو كانت أمور الحياة تجرى كما يقنن المقننون ، ولكن

للحياة حكم أقوى ، إن القاضى إذا قال : لا قالت الشهوة الملحة : هذه مشارات الشيطان فاتبعوها ، فيكون ثمة الحرام بدل الحلال ، والخليلة بدل الحليلة ، كما هو جار الآن فى الأمم الغربية ، وحينئذ سيكون سيل من الأولاد الذين لا آباء لهم ، وسيكون من هؤلاء سيل من المتشردين يفوق السيل الذى نشكوا منه الآن .

ذكر الدكتور زكى نجيب فى كتابه « أيام فى أمريكا » أن الصحف الأمريكية شغلت بقصة اختفاء رجل من رجال الأعمال ثمانية وعشرين سنة ثم ظهوره بعد أن تزوج بالفتاة التى تبادل معها الحب واختفت معه ، ورزقا بستة أولاد أحدهم ضابط فى البحرية ، وكان الرجل قبل اختفائه متزوجا بسيدة من الوسط الراقى ، ولما طالت غيبة الرجل اعتبر بحكم القانون ميتاً فوزعت ثروته على زوجته وأولاده ، وقد سألت الصحف السيدة التى اختفت معه بعد ظهورهما فقالت : لا يعنينى ماذا يعتبرنى القانون ؟ وكل ما أعرفه أنى قضيت مع زوجى ٢٨ سنة فى سعادة لا مثيل لها ، وما زلت سعيدة ، وقد وجهت إلى الزوج تهمة تعدد الزوجات .

وقد علق المؤلف على هذه الحادثة بقوله : ما هو الضرر من تعدد الزوجات فى مثل هذه الحادثة ؟ كان المسكين يستطيع بدل أن يختفى ٢٨ سنة ويترك اسمه وثروته وبلده أن يتزوج الفتاة التى يحبها ويبقى زوجته الأولى إن أرادت .

بقى أن يقال : إذا كان التعدد لا يجوز أن يوكل أمر تطبيقه إلى القضاء للأسباب المذكورة فما العلاج للحالات التى يكون ضرر التعدد فيها واضحاً ولا يبدو أن فيه شيئاً من المصلحة كحالة بعض الناس الذين يكون لهم أولاد ولا عيب فى زوجاتهم ، ولا تكون عندهم القدرة المالية على الإنفاق على أكثر من زوجة واحدة ثم يتزوجون بثانية أو ثالثة أو رابعة وليس لهم غرض من ذلك إلا المباهاة أو إغاظة الزوجة الأولى أو مجرد التمتع الحيوانى .

والعلاج فى نظرنا يكون بأمرين :

الأول — تعليم الشعب وتثقيفه وتربيته تربية دينية ورفع مستوى المعيشة بين طبقاته ، فالتعليم ورفع مستوى المعيشة بين طبقات الشعب كفيلان بجعل التعدد فى أضيق دائرة ، ذلك أن التعليم يجعل الشخص يدرك قيمة الحياة الزوجية التى بينها الله تعالى فى قوله « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » ويقدر تكاليف الحياة وأعباء الأولاد وما يجب لهم ، وذلك التقدير يحد من تلقاء نفسه الرغبة فى التعدد بل أحياناً الرغبة فى أصل الزواج .

ومن يعيش عيشة حسنة ويتعودها ويألفها لا يرغب أن ينزل إلى ما دونها فهو يفكر ويقدر عند إرادة الزواج حتى لا ينزل عنها ، وقد يدعوه ذلك إلى عدم التعدد بل أحياناً لا يتزوج .

أما الذين لا يفكرون ويرضون بأدنى معيشة فهم الذين يعددون من غير تدبر ولا تفكير ، ولهذا كان من النادر أن نجد من المتعلمين ومن كان فى مستوى حسن من المعيشة من يتزوج بأكثر من واحدة ومن ألجأته الحاجة إلى ذلك دعاه تعليمه وتثقيفه إلى القيام بواجبه نحو زوجاته وأولاده خير قيام .

الأمر الثانى — تقرير العقوبات التى تكفل صيانة هذا الحق من العبث به والإساءة فى استعماله فمن الناس من لا تؤثر فيه الموعظة الحسنة ولا يمنعه عن ارتكاب المحظور إلا إذا رأى العقاب الرادع ماثلا أمام عينيه ينتظره إذا أقدم ، وبذلك نضمن عدم خروج الناس على القيود التى قيد الإسلام بها إباحة التعدد ونحمى رابطة الزوجية من الانهيار ونحفظ الأولاد من التشرد والضياع الذى قد ينشأ عن الإساءة فى استعمال هذا الحق.

الفصل الخامس

الولاية والوكالة فى الزواج

الزواج كغيره من العقود يشترط فيمن يتولاه أن يكون له ولاية إنشائه فإن تحققت هذه الولاية كان العقد صحيحاً نافذاً من غير خلاف بين الفقهاء فى ذلك أما إذا لم تتحقق فإن العقد لا يكون صحيحا عند بعض الفقهاء ويكون صحيحا ولكنه غير نافذ عند بعضهم.

ولما كانت الولاية فى الزواج تارة تثبت بالإصالة أو بإنابة الشارع، وهى التى تختص فى الفقه باسم الولاية، وتارة تثبت بإنابة صاحب الشأن فى إنشاء العقد، وهى التى تختص فى الفقه باسم الوكالة وكان لكل منهما أحكام خاصة فسنبين كلا منهما على حدة فيما يأتى.

ا ـ الولاية فى الزواج

معنى الولاية وأقسامها: الولاية فى اللغة مصدر ولى الشىء وولى على الشىء ولاية « بفتح الواو وكسرها » إذا ملك أمره وقام به. وفى اصطلاح الفقهاء هى القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد، وهى قسمان: ولاية على النفس، المراد بها هنا القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلى إجازة أحد، وولاية على المال، وهى القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال نافذة من غير حاجة إلى إجازة أحد.

والأولى هى موضوع بحثنا الآن ، وهى تتنوع إلى نوعين : ولاية قاصرة ، وهى أن يكون للإنسان حق تزويج نفسه . وولاية متعدية ، وهى أن يكون للانسان حق تزويج غيره جبراً عليه .

فالولاية القاصرة تثبت للرجل البالغ العاقل من غير خلاف بين الفقهاء فى ذلك ، فله أن يزوج نفسه بمن يشاء بدون اعتراض أحد عليه ، سواء تزوج بمهر المثل أو بأكثر منه وسواء تزوج بمن تساويه فى المنزلة أولا تساويه

أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء فى ثبوت هذا الحق لها اختلافا كبيراً . فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه ليس لها أن تتولى عقد زواجها ، ولا زواج غيرها وإنما الذى يتولاه الولى ، وعلى هذا كثير من الصحابة وحجتهم فى ذلك ما يأتى :

أولا : الأحاديث الكثيرة التى وردت فى هذا الموضوع ، ومنها ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح إلا بولى ، وإيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل ، فإن لم يكن لها ولى فالسلطان ولى من لاولى له » (١) .

وما رواه أبو هريرة — رضى الله تعالى عنه — أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لاتزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هى التى تزوج نفسها (٢) .

وثانياً : أن المصلحة تقتضى ألا تتولى المرأة عقد الزواج ، لأنه عقد يراد لأغراض لاتتحقق مع كل زوج من السكن والاستقرار وإنجاب الأولاد وتربيتهم والمحافظة

---

(١) ، (٢) منتقى الأخبار مع نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٠١

عليهم ، ومثل هذا العقد يتطلب دراسة واسعة وخبرة بأحوال الرجال ومعرفة بمن يصلح للحياة الزوجية ومن لا يصلح ، وهذا لا يتيسر للنساء الوقوف عليه لقلة خبرتهن وسرعة تأثرهن وانخداعهن بالثناء وزخرف القول وغلبة الهوى على تصرفهن ، والرغبة فى المتعة العاجلة فيخضعن لحكم العاطفة ولا يمتد نظرهن إلى المستقبل البعيد ، أما الرجال فهم الذين يستطيعون الوقوف على كل هذه الدقائق لسعة تجاربهم وممارستهم شئون الحياة فكان من المصلحة جعل هذا العقد بيد الرجل دون المرأة .

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف فى ظاهر الرواية إلى إثبات هذا الحق لها ، فللمرأة البالغة العاقلة أن تتولى بنفسها عقد زواجها ، كما أن لها أن تتولى عقد زواج غيرها ، إلا أنها إذا تولت عقد زواجها وكان لها ولى عاصب اشترط لصحة زواجها ولزومه أن يكون الزوج كفئاً وألا يقل مهرها عن مهر المثل ، فإن زوجت نفسها من غير كفء وبمهر المثل صح الزواج ولزم ، رضى الولى بذلك أو لم يرض أما إذا زوجت نفسها من غير كفء ولم يكن وليها قد رضى بذلك قبل الزواج فللولى حق الاعتراض إلا أنه إذا سكت حتى ولدت سقط حقه فى طلب التفريق محافظة على الولد من الضياع ، فإن بقاءهما مجتمعين على تربية الولد أحفظ له ، وحق الولد فى ذلك أقوى من حق الولى فى الاعتراض على غير الكفء ، وألحق بعض العلماء الحبل الظاهر بالولادة (١) .

وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة أن المرأة إذا زوجت نفسها من غير كفء وقع العقد فاسدا ، فلو رضى الولى بعد العقد لا يصير صحيحا ، وعلى هذه الرواية العمل والفتوى .

---

(١) البحر الرائق ج ٣ ص ١٣٩

فإن لم يكن للمرأة ولى عاصب وزوجت نفسها كان زواجها صحيحاً لازماً حتى ولو كان الزوج غير كفء لها ، لأن اشتراط الكفاءة حق لكل من المرأة والولى ، لأن الأولياء يتعيرون بانتساب غير الكفء إليهم بالمصاهرة ، فإذا تزوجت بغير الكفء كان ذلك رضاً منها بإسقاط حقها ، ومادام الولى لاوجود له فلا يكون هناك ضرر يلحقه من هذا الزواج حتى نقول بعدم صحة العقد أو بعدم لزومه مراعاة لحقه ، وحجة الحنفية فى ذلك :

أولا : ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر يستأمر فى نفسها ، وإذنها صماتها » ووجه الاستدلال من هذا الحديث : أن الأيم هى المرأة التى لازوج لها بكراً كانت أو ثيباً ، وقد أثبت الرسول لها وللولى حقاً ، ومعلوم أن الولى ليس له إلا مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به (١)

وعلى فرض أن المراد بالأيم فى الحديث الثيب خاصة ، كما جاء فى رواية أخرى بلفظ « الثيب أحق بنفسها من وليها » كان الحديث مفيدا بجملته الأولى صحة تولى الثيب عقد الزواج ، وكانت الجملة الثانية مفيدة لصحة تولى البكر العقد أيضاً ، لأنها تأمر باستئذانها وأخذ رأيها فى شأن الزواج ، فإذا تولى الولى العقد قبل استئذانها كان العقد موقوفاً على رضاها ، ولا يعقل أن يتوقف العقد على رضى شخص ، ثم إذا تولاه بنفسه لايكون صحيحاً .

وثانياً : أن المرأة حين تتولى عقد الزواج إنما تتصرف فى حق خالص لها وهو نفسها ، ولامانع يمنعها من هذا التصرف فهى عاقلة بالغة ، وإذا كان لها أن تتصرف فى أموالها متى كانت على هذه الصفة كان تصرفها فى حق نفسها أولى وإذا كان إعطاء المرأة هذا الحق يترتب عليه الخوف من لحوق الضرر بالولى فقد تداركنا

---

(١) انظر المبسوط للسرخسى جـ ٥ صـ ١٢ وفتح القدير جـ ٢ صـ ٣٩٣

ذلك باشتراط الكفاءة فيمن تختاره زوجا لها محافظة على كيان الأسرة وسمعتها.

ومع أن الحنفية يثبتون للمرأة البالغة العاقلة الحق فى مباشرة عقد الزواج بنفسها إلا أنهم يرون من باب اللياقة والحشمة أن توكل وليها فى مباشرة العقد ، حتى لاتنسب إلى الخروج على محاسن العادات والآداب التى يراعيها الإسلام .

هذه هى الأدلة التى يستند إليها كل من الفريقين المختلفين فى هذه المسألة . وهى أدلة لاتخلو من مناقشة ، فأدلة المخالفين للحنفية لاتدل على أن المرأة ليس لها أن تباشر العقد بنفسها – كما هو رأيهم – بل غاية ماتدل عليه أن المرأة ليس لها أن تستبد بأمر زواجها وتتولى العقد بدون إذن وليها . وهذا ظاهر من قول النبى صلى الله عليه وسلم فى آخر الحديث الأول « وأيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فزواجها باطل » وعلى هذا يكون معنى قوله صلى الله عليه وسلم فى أول الحديث « لانكاح إلا بولى » أنه لازواج إلا بإذن الولى ويؤيد هذا التفسير أن البيهقى روى هذا الحديث بلفظ « لانكاح إلا بإذن ولى » .

أما الحديث الثانى « لاتزوج المرأة المرأة . . . الخ » فالصحيح فيه أنه موقوف على أبى هريرة ولم يرفع إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، ويعضد هذا أن الدارقطنى أورد هذا الحديث هكذا « كنا نقول التى تزوج نفسها هى الزانية » والمعنى أنهم كانوا يستقبحون من المرأة بحكم العادة والعرف أن تتولى هى تزويج نفسها .

والحديث الذى استدل به الحنفية إنما يدل على أن الولى يستأذن المرأة فى زواجها ولا يستبد به ، وقولهم: إنها تصرفت فى خالص حقها . ، ليس مسلماً لهم لأن الزواج ليس حقاً خالصاً للمرأة كالتصرف فى شىء من مالها ، لإرتباطه بشرف الأسرة وتقاليدها ، لأنه عقد لايربط بين زوجين فقط بل بين أسرتين برباط المودة والألفة ، ويضم إلى أسرة الزوجة عضواً جديدا يختلط بها

ويطلع على أسرارها وشئونها ، ولا ينبغى فى عقد هـذا شأنه أن يهمل فيه رأى الولى ، أو يكون مقترناً بما ينافى طبيعته من نزاع وشقاق .

ومن يتأمل فى هذه المسألة وينعم النظر فى مجموع النصوص الواردة فيها يمكنه أن يستخلص منها رأياً وسطاً يجمع بين هذه النصوص ويتفق مع المعقول والمصلحة وهو : أن عقد الزواج لابد فيه من رضا المرأة ووليها ، وليس لأحـدهما أن يستبد بالزواج بدون رضا الآخر ، ومتى تحقق رضاهما فأيهما قام بالعقـد صح الزواج ، سواء فى ذلك الولى أو المرأة ، لأنه لم يعهـد فى الشريعة أن الأنوثة مانعة من مباشرة العقود ، فإن المرأة فى الإسـلام تتصرف كما يتصرف الرجل غير أنه يستحب — كما قدمنا — أن يقوم الولى بعقـد زواجها صيانة لهـا عن الابتذال وحفظاً لحيائها وحشمتها .

وهذا الرأى الذى اخترناه قد نقل عن الفقيه أبى ثور ، وهو من مجتهدى الشافعية، وبهذا الرأى تنتظم علاقات الأسر، وينقطع سبب من أسباب الشقاق بها .

وبناء على هذا الرأى لو امتنع الولى من تزويج المرأة البالغة العاقلة أو الإذن لها فى الزواج بغير حق كان لها أن تلجأ إلى القاضى ليأذن لها فى الزواج ، لأنه بهذا الامتناع الذى لا مبرر له يعـد ظالماً ، والقاضى جعل لرفع الظلم ، ولذلك جاء فى الحديث « فإن تشاجروا (يعنى تنازع الأولياء) فالسلطان ولى من لا ولى له » يكف الظالم عن ظلمه ويرد الحق إلى نصابه[1] .

رضا المرأة بالزواج :

وإذا أراد الولى تزويج المرأة البالغة العاقلة فلا بد لنفاذ هذا العقد عليها عند

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٠٦ .

الحنفية من طلب الإذن وحصول الرضا منها بالزواج، وهذا الرضا يختلف باختلاف حال المرأة بحسب البكارة والثيوبة ، فإن كانت بكرا اعتبر سكوتها عند الاستئذان رضا بالزواج ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صماتها » يعنى سكوتها ، ولأن البكر تستحى من إظهار الرضا بالزواج صراحة فيكتفى منها بالسكوت ، ومثل السكوت فى هذا كل ما يدل على الرضا بالزواج كالابتسام أو الضحك إذا كانت قرائن الأحوال تدل على الرضا أما إذا كانت قرائن الأحوال تدل على عدم الرضا فلا يكون إذناً بالزواج .

وإذا كانت المرأة ثيباً فلا بد من رضاها بالزواج صراحة ، ولا يعد سكوتها رضا ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « البكر تستأمر فى نفسها ، فإن سكتت فقد رضيت ، والثيب تشاور » والمشاورة مفاعلة تقتضى الفعل من الجانبين ، وقد وجد النطق من الولى بالسؤال فلا بد من النطق منها فى الجواب .

ولأن الأصل فى السكوت ألا يكون رضا لكونه محتملا فى نفسه إلا أنه اكتفى به فى البكر للضرورة ، لأنها تستحى عادة من التصريح بالرغبة فى الزواج والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ، ولاضرورة فى حق الثيب ، لأن ممارستها للرجال تجعلها لا تستحى من التصريح برغبتها فى الزواج ، فلهذا لا يكتفى بسكوتها عند الاستئذان .

أما الولاية المتعدية فالمراد بها ـ كما تقدم ـ أن يكون للانسان حق تزويج غيره جبراً عليه ، وتعرف بولاية الإجبار(١) .

والكلام فى هذه الولاية ينتظم الأبحاث الآتية .

---

(١) ويذكر الفقهاء فى الولاية المتعدية نوعاً آخر يسميه الحنفية ولاية الندب والاستحباب ، وهى الولاية على المرأة البالغة العاقلة بكراً كانت أم ثيبا ، لأن للولى =

(١) أسباب هذه الولاية (٢) شروط الولى

(٣) من تثبت عليه (٤) من تثبت له .

أسباب الولاية : أسباب الولاية المتعدية أربعة :

١ — الملك ، والولاية التى تثبت بهذا السبب هى ولاية السيد على مماليكه ، فللسيد أن يزوج عبده أو أمته ويختار لهما جبراً عليهما .

٢ — القرابة النسبية ، والولاية التى تثبت بهذا السبب هى ولاية بعض الأقارب على بعض ، كولاية الأب على ابنه الصغير وبنته الصغيرة ، وولاية الأخ على أولاد أخيه الصغار .

٣ — القرابة الحكمية ، والولاية التى تثبت بهذا السبب نوعان : النوع الأول ولاية العتاقة وهى ولاية المعتق على من أعتقه ، كولاية السيد على عتيقه ، فإن الشارع اعتبر الصلة التى تنشأ عن التحرير شبيهة بالصلة التى تكون بين الأقرباء فجعلها فى المرتبة التى تليها . فإذا كان العتيق صغيرا أو كبيراً مجنوناً أو

= عليه أن يتولى تزويج نفسه بمحض اختياره وإرادته عندهم لكن يستحب له أن يكل أمر العقد إلى وليه رعاية لمحاسن العادات والآداب التى يراعيها الإسلام . وهذه فى الحقيقة ليست ولاية وإنما هى وكالة ، لأن الولى يباشر عقد الزواج باعتباره وكيلا عن المرأة ومأذوناً له بذلك منها ، وإنما سمى ولياً لما له من القرابة ، ولهذا رأينا عدم ذكرها عند الكلام فى الولاية المعتدية ، واكتفينا بالإشارة إليها فى الكلام على الولاية القاصرة .

وفقهاء المذاهب الأخرى يسمون هذا النوع من الولاية ولاية شركة لاشتراك المرأة إذا كانت ثيبا مع وليها فى اختيار الزوج ، ثم يتولى الولى مباشرة عقد الزواج لأن المرأة لا يجوز لها عندهم أن تتولى عقد الزواج كما قدمنا .

معتوهاً كان لمن أعتقه ولاية تزويجه ، ولو كان أنثى ، إذا لم يكن للعتيق أحد من عصبته النسبية .

والنوع الثانى ولاية الموالاة ، وهى أن يتفق شخص ليس له أقارب مع شخص آخر على أن ينصره ويغرم عنه إذا جنى يرثه إذا مات ، ويسمى هذا الشخص بمولى الموالاة ، ويثبت له بمقتضى هذا الاتفاق ولاية التزويج ، فإذا كان لأبى الصغيرة ومن فى حكمها مولى موالاة كان له ولاية تزويجها إذا لم يكن لها أحد من جهة القرابة النسبية أو العصبية السببية .

٤ — الإمامة ، والولاية التى تثبت بهذا السبب هى ولاية الحاكم أو نائبه على أفراد الرعية ، فإن الشارع منحه سلطة تخول له أن ينفذ تصرفه على أفراد رعيته رضوا أم أبوا ، ما دام هذا التصرف فى صالحهم ونفعهم ، فللحاكم أو من ينوب عنه « وهو القاضى الآن » أن يزوج فاقد الأهلية أو ناقصها إذا لم يكن له ولى بسبب من الأسباب المتقدمة عملا بالحديث « السلطان ولى من لاولى له » .

شروط الولى : وللولى شروط يجب توافرها حتى تثبت له الولاية على غيره ، وهى .

١ — أن يكون كامل الأهلية ، وكمال الأهلية يتحقق بالبلوغ والعقل والحرية ، وعلى هذا لا تثبت الولاية للصبى . ولو كان مميزاً ، ولا للمجنون والمعتوه ، لأنه لا ولاية لواحد منهم على نفسه ، لقصور إدراكه وعجزه عن تحقيق المصالح لنفسه ، وإذا لم تكن لهم ولاية على أنفسهم فلا تكون لهم ولاية على غيرهم بالطريق الأولى .

وكذلك لا تثبت الولاية للرقيق ، لأنه أيضاً ليست له ولاية على نفسه فلا

تـكون له ولاية على غيره ، ولأنه مشغول بخدمة مولاه والقيام بمطالبه فلا يتسع وقته للنظر فى شئون غيره .

٢ — أن يـكون متحداً فى الدين مع المولى عليه ، لأن الولاية شرعت لتحقيق المصلحة للمولى عليه ، وباتحاد الدين تتحد وجهة النظر فى تحقيق المصلحة وعلى هذا لا تثبت الولاية لغير المسلم على المسلم ، ولا للمسلم على غير المسلم ، فلو كان للصغيرة شقيقان أحدهما مسلم والآخر مسيحى ، فالولاية لأخيها المسلم إن كانت مسلمة ، ولأخيها المسيحى إن كانت مسيحية .

وقد استثنى الفقهاء من هذ الشرط الإمام ومن ينوب عنه ، حيث تثبت له الولاية على أفراد رعيته من المسلمين أو غيرهم . لأن الإمام له الولاية العامة التى لاتتحقق مصالح الـكافة إلا بها .

أما العدالة فليست شرطاً فى الولى عند الحنفية (١) لأن ثبوت هذه الولاية مبنى على وجود الشفقة ورعاية المصلحة ، وفسق الفاسق لا يمنع شفقته بقريبه ولا يحول دون رعاية المصلحة له ، غير أنه إذا كان فاسقاً ماجنا لا يبالى بقبح ما يصنع فإن

---

(١) وقال الشافعية : إن العدالة شرط فى الولى ، وهو رواية عن الإمام أحمد واستدلوا على ذلك بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «لا نكاح إلا بولى مرشد» والولى المرشد معناه الرشيد ، والفاسق ليس برشيد ، فلا تـكون له ولاية على غيره ، ولـكن يرد على هذا : بأن هذا الحديث ضعيف لا يصح الاستدلال به ، ولو سلمنا صحة الرواية ، فإنه لا يكون حجة فى اشتراط العدالة فى الولى ، فإن المرشد ليس معناه الرشيد - كما قالوا - بل معناه الذى يرشد غيره ويختار له ما فيه المصلحة ، والفاسق أهل لهذا المعنى بما له من الشفقة والحرص على ما يصلح لابنه أو قريبه .

عقده لا يصح إلا إذا كان الزواج بالكف، وبمهر المثل ، فإذا لم يتوافر ذلك كان العقد فاسداً .

من تثبت عليه الولاية :

اختلفت آراء الفقهاء فيمن تثبت عليه الولاية اختلافا كبيراً ، ومذهب الحنفية فى ذلك أن الولاية تثبت على الصغير والصغيرة ومن فى حكمهما ، وهو المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة ، فمناط ثبوتها عندهم هو الصغر ومافى معناه ، ولادخل للبكارة أو الثيوبة فى ذلك ، فالبكر البالغة العاقلة لا تثبت عليها الولاية لانتفاء الصغر الذى هو مناط ثبوت الولاية ، والثيب الصغيرة تثبت عليها الولاية لتحقق مناط ثبوتها ، وهو الصغر .

وعلى هذا الرأى يجرى العمل فى المحاكم . غير أنه فى سنة ١٩٢٣ صدر قانون تحديد سن الزواج وهو يقضى بمنع القضاة من سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ، أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد ، كما يقضى بمنع المأذونين من مباشرة عقد الزواج الذى تقل فيه سن أحد الزوجين عن السن المقدرة ، ومعنى هذا أن الرجل إذا أراد أن يزوج ابنته التى تقل سنها عن ١٦ سنة بخاطب كفء وبمهر مثلها فدعا المأذون ليسجل عقد زواجهما فى وثيقة رسمية وجب على المأذون أن يمتنع من تسجيله ، ولو حدث أن زوجها أبوها بمقتضى ولايته الشرعية بدون كتابة العقد فى وثيقة ، ثم نشأ خلاف بين الزوج وزوجته فاضطرت إلى رفع الأمر للقضاء امتنع القاضى من سماع الدعوى سواء أكانت الزوجة فى وقت التقاضى قد بلغت ست عشرة سنة أم كانت لم تبلغها ، ولكن فى سنة ١٩٣١ رئى تيسيراً على الناس وصيانة للحقوق واحتراماً

للزوجيـة أن يقصر المنع من سماع الدعوى على صورة واحدة ، وهى ما إذا كانت سن الزوجة تقل عن ١٦ سنة أو كانت سن الزوج تقل عن ١٨ سنة فى وقت التقاضى .

ولم يتعرض القانون لتزويج غير الصغار وهم المجانين والمعاتيه فبقيت الولاية عليهم كما كانت من الناحية العملية والشرعية .

ولا يفهم من هذا القانون أنه سلب الأولياء حقهم فى تزويج الصغير والصغيرة إذ الولاية حق أعطاه الشارع وله وحده منعه ، ولذا يكون للأولياء شرعا حق تزويج الصغار بعقود عرفية وبحضرة الشهود ، ولا مانع يمنعهم من ذلك أصلا إلا أن عدم سماع الدعوى إذا كانت سن أحد الزوجين أقل من السن المحددة قانوناً منع الناس من تزويج صغارهم بعقود عرفية ، حتى لا تتعرض حقوقهم للضياع ، والتمسوا الحيل والادعاءات الكاذبة فى تقدير السن .

وقد اختفت بعد ظهور هذا القانون مسائل كثيرة من قضايا تزويج الصغار كخيار البلوغ وغيره مما يتوقف الفصل فيه على القضاء فلنضرب عنها الذكر صفحاً التفاتاً إلى ما هو أهم منها من الناحية العملية .

من تثبت له الولاية

اختلفت كلمة الفقهاء فيمن تثبت لهم ولاية الإجبار ، ونحن لا نعرض هنا لهذه الأراء جميعها ، ونكتفى ببيان الرأى الراجح فى مذهب الحنفية وهو الذى عليه العمل فى المحاكم إلى الآن ، وخلاصة هذا الرأى :

أن ولاية الإجبار تثبت للأقارب جميعاً ولغيرهم على حسب الترتيب الآتى

١ — العصبة النسبية على الترتيب الخاص بها ، والعصبة هم الأقارب الذكور الذين لا تكون قرابتهم للمولى عليه بواسطة الأنثى وحدها .

٢ — العصبة السببية ، وهى التى تكون بسبب العتق .

٣ — الأقارب غير العصبة .

٤ — مولى الموالاة

٥ - الإمام أو نائبه «وهو القاضى الآن» .

والعصبة النسبية مرتبة فيما بينها على الوجه الآتى :

١ — جهة النبوة ، وهى تشمل الابن وابن الابن وإن نزل .

٢ — جهة الأبوة، وهى تشمل الأب والجد الصحيح وهو أبو الأب، وإن علا

٣ — جهة الأخوة ، وهى تشمل الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناءهما وإن نزلوا .

٤ — جهة العمومة ، وهى تشمل العم الشقيق والعم لأب وأبناءهما وإن نزلوا.

فإذا وجد واحد من جهة من هذه الجهات ولو بعدت درجة قرابته كان مقدما على من بعده من الجهات ، ولو قربت درجة قرابته ، فاذا كان للمجنونة أب وابن كان الابن مقدما على الأب ، ويسمى هذا تقديماً بالجهة.

وإذا اجتمع عدة أقارب من جهة واحدة واستوفى كل منهم شروط الولاية قدم أقربهم درجة، فمن تكون صلته بالمولى عليه صلة مباشرة يكون مقدما على من يتصل به بواسطة واحدة . وصاحب الواسطة الواحدة مقدم على صاحب الواسطتين وهكذا ، فيقدم الأب على الجد ، والأخ على ابن الأخ ، والعم على ابن العم ، ويسمى هذا تقديماً بالدرجة .

وإذا اجتمع عدة أقارب من جهة واحدة ودرجة واحدة قدم أقواهم قرابة وهو من تكون قرابته من الأب والأم ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ويقدم العم الشقيق على العم لأب . . وهكذا .

وإذا اجتمع عدة أقارب من جهة واحدة ودرجة قرابة واحدة وفى قوة قرابة واحدة كانت الولاية لهم جميعا ، فأيهم تولى العقد كان عقده صحيحا نافذاً سواء أجازه الآخرون أو لم يجيزوه ، إذ لا مرجح لأحدهم على الآخر فتثبت لكل منهم الولاية كاملة فإذا كان للمعتوهة أخوان شقيقان أو أخوان لأب ، فزوجها أحدهما كان عقده صحيحا سواء أجازه الآخر أو لم يجزه ، وإن زوجها كل منهما صح العقد السابق ولم يصح اللاحق ، فإن وقع العقدان فى وقت واحد لم يصح واحد منهما لعدم المرجح لأحدهما على الآخر .

وإذا لم يوجد واحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى العصبة السببية وهى التى تكون بسبب العتق ، فتثبت للمعتق أولا ، ثم لعصبته النسبية أى لابن المعتق ثم لأبيه على حسب الترتيب السابق فى العصبة النسبية .

فإن لم يكن للصغير أو الصغيرة ومن فى حكمها أحد من العصبة النسبية ولا السببية انتقلت الولاية عند أبى حنيفة (١) إلى الأقارب غير العصبات ، وهم مرتبون

---

(١) وقال أبو يوسف ومحمد : إن ولاية التزويج لاتثبت لغير العصبات من الأقارب فإذا لم يوجد عاصب نسبى ولا سببى كانت الولاية للإمام أو من ينوب عنه واستدلا على ذلك بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الإنكاح إلى العصبات » ولكن يرد على هذا : بأن الحديث إنما يفيد ثبوت الولاية للعصبات عند وجودهم ، وهذا لاينفى ثبوتها لغيرهم من الأقارب عند عدمهم ، ورأى الإمام هو المفتى به ، وهو المعمول به فى المحاكم .

فيما بينهم على حسب قوة قرابتهم وشفقتهم ؛ فتثبت أولا للأصول غير العصبات ماعدا أبا الأم ، مع ملاحظة الترجيح بينهم بدرجة القرابة ، ثم بقوتها ، فتقدم الأم على أم الأب لقربها فى الدرجة ، وتقدم أم الأب على أم الأم لقوة قرابتها ، لأنها تنتسب بالعاصب ، وهو الأب .

فإن لم يوجد أحد من الأصول انتقلت الولاية إلى الفروع ، مع الملاحظة المتقدمة فتقدم البنت على بنت الابن لقربها . وتقدم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها ، لانتسابتها بالعاصب ، وهو الابن .

فإن لم يوجد أحد من الفروع انتقلت الولاية إلى الجد غير الصحيح ، وهو أبو الأم وأبو أم الأب ، فإن لم يوجد انتقلت إلى طبقة الأخوات ، فتثبت للأخت الشقيقة ثم للأخت لأب ، ثم للأخ أو الأخت من الأم ، ثم لأولادهن على حسب ترتيب أمهاتهم المتقدم .

فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى الأعمام من جهة الأم ، وهم إخوة الأب من الأم ، ثم إلى العمات مطلقا .

فإن لم يوجد أحد منهم انتقلت الولاية إلى الأخوال ثم الخالات وأولادهم حسب الترتيب المذكور .

فإذا عدمت جميع الأقارب من العصبات وغيرهم كانت الولاية لمولى الموالاة إن وجد ، فإن لم يوجد انتقلت الولاية إلى ولى الأمر ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « السلطان ولى من لاولى له » ولما كان ولى الأمر لايتولى بنفسه عقود الزواج ، بل الذى يتولاه القضاة بالنيابة عنه كانت ولاية التزويج للقاضى (١)

---

(١) وقد نصت المادة (٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن تزويج من =

وكما يكون للقاضى ولاية التزويج عند عدم وجود الولى الخاص يكون له أيضاً هذه الولاية مع وجود الولى الخاص ، وذلك فيما إذا امتنع الولى الأقرب من تزويج من فى ولايته بدون سبب مقبول ، ولا تنتقل الولاية إلى من يليه بل تنتقل إلى القاضى لأن الولى فى هذه الحالة يكون ظالما وولاية رفع المظالم إلى القاضى.

غيبة الولى الأقرب :

إذا كان لفاقد الأهلية أو ناقصها ولى خاص كالأب أو الأخ وغاب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء عودته أوأخذ رأيه كان لمن يليه فى الرتبة أن يتولى عقد الزواج ، فإذا تولاه كان العقد صحيحا لازما فليس للغائب بعد عودته أن يطلب فسخه لأنه عقد صدر عن ولاية تامة فلا يكون لأحد حق إبطاله .

ب — الوكالة فى الزواج

الوكالة نوع من الولاية — كما قدمنا — من حيث إن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل ، كنفاذ تصرف الولى على المولى عليه .

والقاعدة المقررة فى الفقه أن من ملك تصرفا من التصرفات بطريق الأصالة أوالولاية كان له أن يتولاه بنفسه ، وأن يوكل غيره فيه مادام ذلك التصرف يقبل النيابة ومن لا يملك التصرف بنفسه لا يكون له أن يوكل غيره فى مباشرته ، لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة ، فإذا لم يكن للشخص ولاية على التصرف لم يكن له أن يوكل غيره فيه ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه .

= لاولى له من الأيتام وغيرهم من اختصاص رؤساء المحاكم الشرعية والقضاة الجزئيين فى دائرة اختصاصهم ، وبعد إلغاء المحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أصبح هذا الحق من اختصاص قضاة محاكم الأحوال الشخصية

وعقـد الزواج من العقود التى يملك الشخص أن يتولاها بنفسه متى كان مستوفياً الشروط المعتبرة لهذا العقد من البلوغ والعقل والحرية ، فيجوز له أن يوكل غيره فى هـذا العقد أيضاً ، لأن له أن يتولى العقد بنفسه فيكون له أن يوكل غيره فيه .

وعلى هـذا يصح التوكيل فى عقد الزواج من الرجل والمرأة عند الحنفية إذا كان كل منهما كامل الأهلية ، لأن المرأة لهـا الحق فى أن تتولى العقد بنفسها ، فيجوز لها أن توكل غيرها فيه .

أما على رأى الجمهور من الفقهاء فإن المرأة لا يجوز لهـا أن توكل غيرها فى عقد الزواج لأنهـا لا تملك إنشـاء العقد عندهم ، فلا يجوز لهـا أن توكل غيرها فيه ، وإنما الذى يملك ذلك وليها ، وإذا كان الأمر يستدعى أخذ رأيها فى العقد فلا يحتاج إلى توكيل منها ، وإنما يحتاج إلى رضاها بالزواج فقط .

ولا يشترط فى التوكيل أن يكون بالـكتابة ، بل يصح أن يكون بالعبـارة أو الـكتابة وكذلك لا يشترط فيه الإشهاد عليه وقت صدوره وإن كان يستحسن أن يشهد الوكيل على أن فلانا وكله فى مبـاشرة عقد زواجه على فلانة وذلك للاحتياط خوفا من الجحود عند النزاع .

ومن المقرر أن سلطة الوكيل مستمدة من الموكل فلا يملك إلا ما ملـكه ، ويكون فضولياً فيما عداه ، فإذا وكله وكالة مقيدة تقيد بمـا قيد به ولم يكن له أن يخـالف ما قيد به إلا إذا كانت المخـالفة فيهـا خير للموكل فإن العقد ينفذ على الموكل من غير توقف على إجازته ، وينبنى على ذلك ما يأتى :

١ — إذا وكل غيره فى الزواج وقيده بامرأة معينة أو من أسرة معينة تقيد الوكيل بما قيد به ، فإذا وجه كما أمره كان العقد نافذاً عليه ، وإن خالف فيما وكله

فيه كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل ، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل ، لأن الوكيل إذا خرج عن حدود الوكالة يعتبر فضولياً ، وعقد الفضولى عند الحنفية يصح ولكنه يتوقف على إجازة صاحب الشأن .

٣ — إذا وكل شخص غيره وقيده بمهر معين فإن زوجه بالمهر الذى عينه كان العقد نافذاً على الموكل ، وليس له رده ، وإن خالف كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل إلا أنه إذا كانت المخالفة فيها خير الموكل صح العقد ونفذ من غير توقف على إجازته ، كما إذا قال الموكل : زوجنى فلانة بنت فلان بمائة جنيه فزوجه منها بثمانين ، فإن المخالفة هنا فيها خير للموكل فينفذ العقد عليه من غير حاجة إلى إجازته ، لأن من يرضى بالكثير يرضى بالأقل بطريق الأولى .

٤ — إذا خالف الوكيل موكله فيما أمره به دون أن يعلم الموكل بالمخالفة استمر العقد موقوفاً ، حتى ولو حصل دخول بالمرأة ، فإن علم وأجاز اعتبر الدخول فى عقد صحيح ، لأن الإجازة تجعله صحيحاً من وقت صدوره ، وإن لم يجزه بطل العقد واعتبر الدخول دخولا فى عقد فاسد فيترتب عليه ما يترتب على الدخول فى العقد الفاسد فيجب فيه الأقل من المسمى ومهر المثل ، ويثبت به النسب وتجب به العدة ولكن لا تجب به النفقة ولا يثبت به حق التوارث .

أما إذا كانت الوكالة مطلقة غير مقيدة بأى قيد كأن يقول شخص لآخر وكلتك فى تزويجى ، ولم يعين له امرأة ولا مهراً ، فإن كان الموكل هو الزوج كان للوكيل عند أبى حنيفة أن يتصرف كما يرى ، وينفذ تصرفه على الموكل ، ولا يستثنى من ذلك إلا التصرف الذى يكون موضع تهمة ، فله أن يزوجه بأية امرأة ، سواء كانت تكافئه أولا تكافئه ، وسواء كانت سليمة من العيوب أو معيبة بأى عيب ، كما أن له يزوجه بمهر المثل وبأكثر منه ، لأن التوكيل قد صدر

مطلقاً والإطلاق دليل على أن الموكل ليس له غرض خاص ، إذ لو كان له غرض خاص لقيد الوكيل به ، على أن بعض الناس قد يرغبون فى الزواج بمن لا تكافئهم لأنه يرى فى مثلها من الطاعة والانقياد مالا يراه فى غيرها من ذوات الحسب والنسب فيكون ذلك مرغباً فى أمثالها غير أن الوكيل إذا كان متهماً فى تصرفه توقف العقد على إجازة الموكل ، كما إذا زوجه بنته أو امرأة أخرى فى ولايته أو كان الوكيل امرأة فزوجته نفسها .

وقال الصاحبان : إن الوكيل يتقيد بالمتعارف وإن كان التوكيل صدر مطلقاً عن التقيد بشىء ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، والمتعارف بين الناس أن يوكل الإنسان غيره ليستعين به على الوصول إلى غرض يصعب عليه أن يصل إليه بنفسه ، وليس من العسير على المرء أن يتزوج امرأة ما بأى مهر ، ولذلك كان من يوكل غيره فى تزويجه ويفوض إليه اختيار الزوجة وتقدير المهر إنما يفعل ذلك ثقة بحسن اختياره وسداد تقديره ، فإذا خالف تصرفه المعروف بين الناس دل ذلك على سوء اختياره وفساد تقديره ، فلا يكون التصرف الصادر منه هو التصرف الذى يقصده الموكل فلا ينفذ عليه إلا إذا أجازه . فإذا زوجه امرأة تكافئه وبمهر لا غبن فيه كان الزواج نافذا على الموكل ، لموافقته المتعارف بين الناس فى التوكيل ، وإن زوجه بامرأة لا تكافئه أو زوجه بامرأة تكافئه ولكن سمى أكثر من مهر مثلها بغبن فاحش توقف العقد على إجازة الموكل ، لمخالفته المعروف بين الناس فى التوكيل . وقول الصاحبين فى هذه المسألة هو الراجح ، وهو الذى يجرى عليه العمل فى المحاكم .

أما إذا كان الموكل هو الزوجة فإن الوكيل يتقيد بالزواج بالكفء وبمهر المثل من غير خلاف بين الإمام وصاحبيه ، فإن زوجها بكفء وبمهر مثلها

أو أكثر كان العقد نافذاً ، وإن زوجها بغير كفء ، وكان لها ولى عاصب لم يرض بهذا الزواج كان العقد فاسداً على الرأى المفتى به فى مذهب الحنفية ،لأنها لو تولت الزواج بنفسها ، ولم يكن الزوج كفئاً لها كان الزواج فاسداً فكذلك لو تولاه وكيلها ، لأن الوكيل لا يملك إلا ما يملكه الموكل ، فإن لم يكن لها ولى عاصب كان العقد موقوفاً على إجازتها ، لأن كفاءة الزوج حق لها فإذا فاتت توقف الزواج على إجازتها ،وإذا زوجها بأقل من مهر مثلها بغبن فاحش توقف الزواج على إجازتها ، فان كان لها ولى عاصب كان له الحق فى الفسخ عند أبى حنيفة إلا إذا قبل الزوج أن يتم لها المهر فان أتمه لزم العقد .

ولا يجوز للوكيل بالزواج أن ينيب عنه غيره لأن الوكيل يستمد ولايته من الموكل ، والموكل أعطاه وحده الولاية ، ورضى برأيه لا برى غيره ، فان أعطاه الموكل حق توكيل غيره عنه بأن أذنه أن يوكل عنه من شاء أو فوض إليه الأمر بأن قال : فوضت أمر زواجى إلى رأيك فى كل ما تفعله كان للوكيل حينئذ أن يوكل غيره عنه .

حكم الوكالة بالزواج :

والوكيل فى الزواج سفير ومعبر عن الموكل ، فإذا أتم العقد انتهت مهمته فلا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ، ولا يطالب بشيء من واجباته فإذا كان وكيلا عن الزوج لا يطالب بالمهر ولا النفقة إلا أن يكون قد ضمن شيئاً من ذلك فيطالب بما ضمن ، ومطالبته حينئذ بمقتضى ضمانه والتزامه لا بمقتضى وكالته ، وإذا كان وكيلا عن الزوجة لا يطالب بزفافها إلى زوجها ، وليس له حق قبض المهر إلا إذا كان مأذوناً بذلك صراحة أو دلالة ، ومن الإذن بالقبض

دلالة أن يكون الوكيل للزوجة البكر الرشيدة أباها أو جدها فإنه يكون مأذوناً من الزوجة بقبض المهر دلالة ، فلو قبضه أحدهما وسكتت عن المطالبة به وقت العقد فإن هذا السكوت يعتبر إذناً للأب أو الجد بالقبض فيصح قبضه وتبرأ ذمة الزوج من المهر ، لأن العادة أن يقبض الآباء مهور بناتهم اللاتى لم يسبق لهن الزواج ليضموا إليها أمثالها ، ويقوموا بتجهيزهن .

أما إذا كانت الزوجة ثيباً أو كان الوكيل غير الأب أو الجد وقبض المهر وسكتت فلا يعد سكوتها رضا بالقبض ، بل لابد من الإذن الصريح به ، فإن لم يوجد فلا يصح القبض ولا تبرأ ذمة الزوج من المهر .

الفصل السادس

الكفاءة فى الزواج

الكفاءة فى اللغة المساواة والمماثلة ، يقال : كافأ فلان فلاناً ، إذا ساواه وكان نظيراً ومماثلا له ، وفى اصطلاح الفقهاء أن يساوى الزوج زوجته فى أمور مخصوصة بحيث لا تكون الزوجة ولا أولياؤها عرضة للتعيير بهذه المصاهرة حسب العرف .

اختلاف الفقهاء فى اشتراط الكفاءة

وقد اختلف الفقهاء فى اشتراط الكفاءة فى الزواج فذهب بعضهم إلى أن الكفاءة ليست شرطاً أصلا ، فيصح الزواج ويكون لازماً سواء كان الزوج كفئاً للزوجة أولم يكن كفئاً لها ، واستندوا فى ذلك إلى ما يأتى:

١ — أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الناس سواسية كأسنان المشط ، لافضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى » وهو نص فى عدم اشتراط الكفاءة .

٢ — أن الكفاءة لو كانت معتبرة فى الشرع لكانت الجنايات أولى باعتبارها ، لأنه يلزم فيها الاحتياط أكثر مما يلزم فى غيرها ولكنها لا تعتبر فيها، ولذلك يقتل الشريف بالوضيع والعالم بالجاهل ، فلا تكون معتبرة فى الزواج بالطريق الأولى .

وذهب الجمهور من الفقهاء ومنهم أئمة الحنفية إلى أن الكفاءة شرط فى الزواج ، وحجتهم فى ذلك : أن الزواج يراد لمصالح عديدة ، ولا تنتظم هذه المصالح إلا إذا كان هناك تقارب بين الزوجين يمكن من توثيق الصلات وربط عرى المودة بينهما ، ولا يتم ذلك إذا كانت الهوة بينهما عميقة فى الأخلاق والصفات التى يمتدح الناس بها أو يعيرون ، ولأن الزوج بحكم الشرع وحكم العرف والعادة له السلطان الأقوى فى شئون الزوجة فإذا لم يكن مساويا لزوجته أو أعلى منها فى المنزلة استنكفت أن يكون له هذا السلطان وهذه القوامة ولم يكن منها محل تقدير ولا اعتبار ، وكذلك الأولياء يأنفون من مصاهرة من لا يناسبهم فى دينهم وجاههم ونسبهم ويعيرون بذلك فإذا لم تشترط الكفاءة اختلت روابط المصاهرة أو ضعفت ، ولم تثمر الزوجة ثمراتها المقصودة منها ، وهذا القول هو الراجح وعليه العمل .

أما ما استدل به أصحاب القول الأول فلا حجة لهم فيه ، أما الحديث فلأن معناه أن الناس متساوون فى الحقوق والواجبات والمسئوليات وفى كل ما يرجع إلى النظام العام ، وأنهم لا يتفاضلون إلا بالتقوى ومراعاة هذه الحقوق والواجبات أما فيما عدا هذه الأمور من الصفات الشخصية فلا شك أن الناس يتفاوتون فيها، ولا يوجد عاقل يسوى بين العلماء وذوى الثقافات والآداب العالية وبين غيرهم من الجهال وأهل السوء وأصحاب الحرف الدنيئة. وأما قياسهم الزواج على مسائل

الجنايات والقصاص فيها فهو قياس مع الفارق ، ذلك أن القصاص إنما شرع لمصلحة الحياة فلو اعتبرت الكفاءة فيه لأدى ذلك إلى ضياع هذه المصلحة ، واختل نظام الحياة ، فإن صاحب الجاه أو النسب يقتل من لا يكافئه فى ذلك ، ثم يخلص من القصاص لانعدام التكافؤ بينه وبين المجنى عليه ، أما الزواج فإنه شرع لتحقيق المصالح بين الزوجين من دوام العشرة مع المودة والألفة بينهما ، وهذه المصالح لا تتحقق إلا باشتراط الكفاءة فى الزواج كما بينا .

ولا يقال : إن القول باشتراط الكفاءة ينافى الديمقراطية والمساواة بين الناس التى يدعو إليها الإسلام ، لأن المساواة التى تعد مبدأ من أهم المبادىء الإسلامية إنما هى المساواة فى الحقوق والواجبات والمسئوليات لا فى الاعتبارات الشخصية التى تقوم على عرف الناس وعاداتهم ، والقرآن الكريم تنص بعض آياته على أن الله فضل بعض الناس على بعض ، فضل بعضهم على بعض فى الرزق وفضل بعضهم على بعض فى التكريم ، ولا يزال الناس مختلفين فى مكاناتهم الاجتماعية ومراكزهم الأدبية ، وهو مقتضى الفطرة الإلهية التى فطر الناس عليها ولا يمكن لشريعة من الشرائع أن تتجاهل الفطر الطبيعية وأعراف الناس وعاداتهم التى لا تضر بالنظام الاجتماعى ، والتى لا تخالف مبادىء الدين .

ما تشترط له الكفاءة :

وبعد أن اتفق الجمهور من الفقهاء على اشتراط الكفاءة فى الزواج اختلفوا فيما تشترط له فبعضهم جعلها شرطا لصحة الزواج من غير تفصيل بين حالة وحالة وبعضهم جعلها شرطاً لصحة الزواج فى بعض الحالات وشرطاً لنفاذه فى بعض الحالات وشرطاً للزومه فى حالات أخرى ، وهؤلاء هم الحنفية ، وسنقتصر هنا على بيان هذا المذهب ، لأنه الذى يجرى عليه العمل ، ومذهبهم فى ذلك أن الكفاءة تكون شرطاً لصحة الزواج فى الحالات الآتية :

١ — أن تزوج المرأة البالغة العاقلة نفسها ويكون لها ولى عاصب لم يرض بهذا الزواج قبل العقد ، فإن كفاءة الزوج لزوجته تعتبر شرطاً لصحة الزواج ،وهذا بناء على الرواية التى اختارها المتأخرون للفتوى ، وهى التى يجرى عليها العمل ، فإذا لم يكن الزوج كفئاً للزوجة فإن العقد لا يكون صحيحاً .

٢ — أن يزوج غير الأصل أو الفرع فاقد الأهلية أو ناقصها ، فإن الكفاءة بين الزوجين تعتبر شرطاً لصحة العقد ، فإذا لم تتوافر الكفاءة كان الزواج فاسداً لأن الولاية على فاقد الأهلية يقصد منها النظر إلى مصلحته ، ولا تتحقق المصلحة فى تزويجه بغير الكفء .

٣ — أن يزوج الأصل أو الفرع المعروف بسوء الرأى والاختيار (١) فاقد الأهلية أو ناقصها فإنه يشترط لصحة العقد فى هذه الحالة أن تتوافر الكفاءة بين الزوجين ، فإن لم تتحقق كان العقد فاسداً ، لأنه سوء اختياره لا يوثق بأنه فوت الكفاءة إلى ما هو خير منها ، أما إذا لم يكن الأصل أو الفرع معروفا بذلك قبل العقد فلا تكون الكفاءة شرطا لصحه العقد ولا للزومه عند أبى حنيفة فيصح العقد ويلزم ولو لم تتحقق الكفاءة بين الزوجين ، لإنه لوفور شفقته وشدة حرصه لابد أن يكون أمعن النظر واختار ما فيه المصلحة وعوض المولى عليه عن الكفاءة ما هو أنفع له وأبقى كحسن العشرة وقلة الأذى وقال الصاحبان: لا يصح العقد إذا كان الزواج من غير الكفء ، لانعدام المصلحة الظاهرة فى هذا الزواج (٢) .

وتكون الكفاءة شرطاً لنفاذ الزواج فيما إذا وكلت المرأة البالغة العاقلة

---

(١) سوء الرأى والاختيار أن يكون الشخص فاسقاً أو مستهتراً ماجناً لا يبالى بقبح ما يصنع وما يقال له أو يكون سفيهاً طماعاً . « حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣١٢ » .

(٢) المصدر المتقدم .

شخصاً فى زواجها سواء كان ولياً أو أجنبياً عنها ، فإن زوجها بغير كفء كان العقد موقوفا على إجازتها ، لأن كفاءة الزوج حق للمرأة وأوليائها فإذا لم يكن الزوج كفئاً لها لا ينفذ العقد إلا برضاها ، فإن كان الوكيل هو الولى وزوجها من غير كفء كان بذلك مسقطاً لحقه فى الكفاءة ، وإذا أسقط الولى حقه فى الكفاءة لم يسقط حق المرأة فيها إلا بإسقاطها ، كما سيأتى ، ويشهد لهذا ما روى أن فتاة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبى زوجنى ابن أخيه ليرفع بى خسيسته ، فجعل الأمر إليها فقالت : قد أجزت ما صنع أبى ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شىء(١) .

وتكون الكفاءة شرطاً للزوم الزواج فيما إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها فإن زوجت نفسها من كفء كان الزواج لازما ، وليس للولى حق الاعتراض وطلب الفسخ ، وإن زوجت نفسها من غير كفء كان لوليها العاصب حق الاعتراض وطلب الفسخ ، وهذا على الرواية الظاهرة فى مذهب الحنفية كما تقدم .

وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية رأى الفقهاء الذين يجعلون الكفاءة شرطا فى الزواج واختارت أيضا أنها شرط للزوم الزواج فنصت فى المادة (٢٩) من مشروعها على أنه « يشترط فى لزوم الزواج أن يكون الرجل كفئا للمرأة وقت العقد فقط ، ولكل من المرأة ووليها الحق فى طلب الفسخ عند فوات الكفاءة » .

صاحب الحق فى الكفاءة :

الكفاءة فى الزواج حق للمرأة وحق لوليها العاصب ، ويثبت هذا الحق لكل منهما على حدة بحيث لو أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر إلا

(١) منتقى الأخبار ج ٦ ص ١٠٩ .

بإسقاطه ، ولو اتفقا على إسقاط هـذا الحق سقط ، ولم يـكن لأحدهما حق طلب الفسخ عند فواته ، وعلى هذا لو زوجت البالغة العاقلة نفسها أو زوجها الولى برضاها، واشترطت هى أو اشترط وليها على الزوج أن يـكون كفئاً لها ثم ظهر أنه ليس بكفء كان للمرأة أو وليها حق الفسخ ، لأن هـذا الشرط ملائم للعقد فيـكون صحيحاً ، ويصح العقـد معه ويلزم الوفاء به ، ويثبت الخيار فى فسخ العـقد عند فواته .

ولو زوجت نفسها ولم تشترط على الزوج أن يكون كفئاً لها ولم تعلم من حاله أنه كفء أو غير كفء سقط حقها فى الـكفاءة لتقصيرها فى البحث عن حال الزوج قبل الإقدام على الزواج وعدم اشتراطها عليه أن يـكون كفئاً ، ولا يسقط حق الولى فى الـكفاءة إذا لم يرض بالزواج قبل العقد لانتفاء التقصير من جانبه، فيكون له حق الاعتراض وطلب الفسخ على الرواية الظاهرة فى مذهب الحنفية ، لأن العقد على هذه الرواية يكون صحيحاً نافذاً ، ولـكنه غير لازم فللولى حق الاعتراض عليه وطلب الفسخ ، أما على الرواية التى أفتى المتأخرون بهـا والتى يجرى عليها العمل فإن العقد لا يكون صحيحاً ، وللولى فى هذه الحالة طلب التفريق بين الزوجين لفساد العقد .

ولو كان الذى تولى الزواج هو الولى ، ولم ترض المرأة بهذا الزواج قبل العقد سقط حقه فى الـكفاءة لتقصيره فى السؤال عن الزوج والاشتراط عليه ولم يسقط حق المرأة لعدم التقصير من جانبها ، فإن كان الزواج برضاها سقط حقها أيضاً لتقصيرها فى السؤال عنه أو الاشتراط قبل الرضا بالزواج .

ولو أخبر الزوج الزوجة أو وليها بـكفاءته ، أو نسب نفسه إلى غير نسبه الحقيقى ، أو قال إنه يشغل وظيفة كذا ثم تبين كذبه كان لـكل من الزوجة

ووليها حق الفسخ ورفع الأمر إلى القضاء ، فلو رضيت الزوجة به لم يسقط حق الولى فى ذلك وكان له حق طلب الفسخ والتفريق ، ولو رضى به ولم ترض الزوجة لم يسقط حقها وكان لها حق الفسخ ، لأن حق الكفاءة – كما قدمنا – يثبت لكل من المرأة والولى على حدة ، فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر إلا بإسقاطه[١] .

هذا : والولى الذى يكون له حق الاعتراض عند فقد الكفاءة هو القريب العاصب[٢] ، ويثبت هذا الحق للأقرب من الأولياء فالأقرب ، فإن رضى القريب فلا يكون لمن بعده من الأولياء حق الاعتراض ، وإن لم يرض لم يؤثر رضا من دونه من الأولياء ، لأنه لا ولاية للبعيد مع وجود القريب ، فإن تعدد الأولياء الأقربون كالأخوة الأشقاء ، ورضى بعضهم بالزواج من غير كفء ، ولم يرض الآخرون كان رضا البعض مسقطاً لحق الآخرين عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف وزفر : إن رضا بعض الأولياء لا يسقط حق الآخرين فى الاعتراض، لأنه حق مشترك يثبت لكل واحد من الأولياء المتساوين فى الدرجة بمقدار واحد ، فلا يسقط إلا برضائهم جميعاً ، قياساً على الدين المشترك بين جماعة ، فإنه

---

(١) المبسوط للسرخسى جـ ٥ ص ٣٠ ، فتح القدير جـ ٢ ص ١٩١ ؛ الدر المختار ورد المحتار جـ٢ ص ٣٢٦ .

(٢) وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية قصر هذا الحق على الأب والجد الصحيح فقط فنصت فى الفقرة (ب) من المادة (٣١) من مشروعها على ما يأتى « الولى فى الكفاءة هو الأب ثم الجد الصحيح » .

كما أنها رأت سقوط الحق فى طلب الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت الزوجة ، أو انقضت سنة بعد العلم بالزواج ، وبسبق الرضا ممن يطلب الفسخ (ماده : ٣٢)

إذا تنازل أحدهم عن نصيبه كان تنازله مسقطاً لحقه فقط دون حق الآخرين .

وحجة أبى حنيفة ومحمد فى ذلك : أن هـذا الحق لا يقبل التجزئة ، لأن سببه ، وهو القرابة لا يقبل التجزئة ، والقاعدة المقررة أن إسقاط بعض مالا يتجزأ إسقاط لكله . فإذا أسقط واحد من الأولياء حقه سقط حق الباقين قياساً على حق القصاص الثابت لجماعة فإنه حق لا يقبل التجزئة فإذا عفا بعضهم سقط حق الباقين(١) .

وقياس الـكفاءة على الدين المشترك قياس مع الفارق بين المقيس والمقيس عليه ، والقياس مع الفارق غير صحيح ، وذلك لأن الدين حق يقبل التجزئة ، فلا يترتب على إسقاط بعض الدائنين حقه فى الدين سقوط حق الباقين ، أما حق الـكفاءة فإنه لا يقبل التجزئة ، فإذا أسقط أحد الأولياء حقه لا يتصور بقاء حق الآخرين .

من تعتبر الـكفاءة من جهته :

الأصل فى الـكفاءة أنها تعتبر من جانب الرجل بالنظر إلى المرأة بمعنى أنه يشترط فى الرجل أن يكون كفئاً للمرأة فى الأمور المعتبرة فى الـكفاءة التى سيأتى بيانها ، ولا تعتبر من جانب المرأة بالنظر إلى الرجل ، بمعنى أنه لا يشترط فى المرأة أن تـكون كفئاً للرجل بل يصح أن تـكون أقل منه فى الأمور المعتبرة فى الـكفاءة ، لأن الرجل لا يعير هو ولا أقاربه إذا كانت زوجته أقل شأناً منه وأدنى حالا ، أما المرأة فإنها تعير هى وأقاربها إذا كان الزوج أقل منهم فى

(١) المبسوط للسرخسى جـ ٥ صـ ٢٦ ، بدائع الصنائع جـ ٢ صـ ٣١٨ ، فتح القدير جـ ٢ صـ ٤١٩ ، البحر الرائق لابن نجيم جـ ٢ صـ ١٣٨ .

المنزلة ، ويستثنى من هذا الأصل مسألتان تشترط الكفاءة فيهما من جانب المرأة .

الأولى : أن يزوج غير الأب أو الجد فاقد الأهلية أو ناقصها ، أو يزوجه الأب أو الجد الذى عرف قبل العقد بسوء الاختيار ، فإنه يشترط لصحة هذا الزواج أن تكون الزوجة مكافئة له ، فإن كانت لا تكافئه لم يكن الزواج صحيحا ، وذلك احتياطا لمصلحة المولى عليه .

الثانية : أن يوكل الرجل غيره فى تزويجه وكالة مطلقة ، فإنه يشترط لنفاذ العقد على الموكل أن تكون الزوجة مكافئة له على رأى أبى يوسف ومحمد ، كما تقدم فى الكلام على الوكالة .

الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة :

والكفاءة بين الزوجين — عند القائلين باعتبارها — لا تعتبر فى جميع الأمور وإنما تعتبر فى أمور مخصوصة ، وقد اختلف هؤلاء الفقهاء فى هذه الأمور اختلافا كبيراً ، ولا يعنينا هنا بيان هذه الآراء جميعها وإنما الذى يعنينا هو بيان مذهب الحنفية فى هذا الموضوع لأنه المذهب الذى يجرى عليه العمل فى المحاكم إلى الآن، ومذهبهم فى ذلك : أن الكفاءة بين الزوجين تعتبر فى أمور ستة إذا تحققت المساواة فيها تحققت الكفاءة المعتبرة فى الزواج وإذا عدمت المساواة فيها أو فى أحدها لم تتحقق الكفاءة ، وهذه الأمور هى : —

(١) النسب (٢) الإسلام (٣) الحرية (٤) الديانة (٥) المال (٦) الحرفة

وتفصيل القول فى كل منها كما يأتى : —

١ — النسب : وهو صلة الإنسان بمن ينتمى إليه من الآباء والأجداد فإذا كانت الزوجة يتصل نسبها بأصل معلوم فلا يكافئها إلا من كان مماثلا لها فى هذه الصلة لأن الناس يأنفون من مصاهرة من دونهم فى النسب ويعيرون بذلك .

وقد خص فقهاء الحنفية التـكافؤ فى النسب بما إذا كان الزوجان من العرب (١) وعللوا ذلك : بأن العرب هم الذين حفظوا أنسابهم وجعلوها من مفاخرهم ، وأسباب هجوهم ومدحهم ومناط تفضيل بعضهم على بعض ، أما غيرهم من العجم (٢) فلم يحفظوا أنسابهم ولم يجعلوها من مفاخرهم ، وبناء على هذا قالوا : إن العرب بعضهم أكفاء لبعض وأن العجمى ، وهو من لا يعرف اتصال نسبه بقبيلة من قبائل العرب ليس كفئا للعربية ، وهى من يعرف اتصال نسبها بقبيلة من قبائل العرب ولو كان ذا جاه ومنصب إلا أنهم استثنوا من ذلك العجمى إذا كان عالما فقالوا : إنه يكون كفئا للعربية ولو كانت من قريش ، لأن شرف العلم فوق شرف النسب ، قال الله تعالى « هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون » (٣) وقال جل شأنه « يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات » (٤) فإنه سبحانه لم يفرق بين القرشى وغيره فى ذلك فدل هذا على أن درجة العلم فوق درجة النسب ، وكيف يصح لأحد أن يقول : إن مثل أبى حنيفة أو الحسن البصرى وغيرهما لا يكون كفئا لبنت قرشى أو عربى جاهل (٥)

وليس العرب كلهم متساوين فيما بينهم من حيث الـكفاءة فى النسب بل

---

(١) المراد بالعرب من جمعهم أب فوق النضر بن كنانة ، فكل من اتصل نسبه بكنانة فمن فوقه فهو عربى .

(٢) المراد بالعجم غير العرب وهم من لم ينتسب إلى إحدى قبائل العرب ، وإن كان يتكلم باللغة العربية ويسمون أيضاً بالموالى ، وإنما سموا بذلك لأنهم ناصروا العرب فى حروبهم ، والناصر يسمى مولى .

(٣) آية ٩ من سورة الزمر .

(٤) آية : ١١ من سورة المجادلة .

(٥) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٣٣٢

بعضهم أفضل من بعض ،فقريش (١) أفضل نسبا من سائر العرب ، فالقرشية لا يكافئها إلا قرشى مثلها ، والقرشى كفء لكل عربية ، والمرأة العربية غير القرشية يكافئها أى عربى من أية قبيلة كانت .

وقد استند الحنفية فى هذه التفرقة إلى ماروى من أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « قريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل » . ولكن يرد على الحنفية مايأتى :

أولا : أن تفضيل قريش على غيرها من العرب وتفضيل العرب على غيرهم من العجم لم يدل عليه دليل من الكتاب أوالسنة ، والحديث الذى اعتمدوا عليه ذلك حديث ضعيف لا يصح الاستدلال به ، كما قال أهل الخبرة بالأحاديث (٢) ومن يتتبع السنة الواردة فى هذا الموضوع يجد أحاديث كثيرة تدل على خلاف ما قالوه ، من هذه الأحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج زيد بن حارثة بنت عمته زينب ، وهى قرشية وزيد ليس قرشياً ولا عربياً بل كان مسبياً من الشام (٣) .

ومنها أن فاطمة بنت قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن طلقها زوجها « أبو عمرو بن حفص بن المغيرة » فأخبرته أن معاوية وأباجهم

---

(١) قريش أولاد النضر بين كنانة ، وهو الجد الثانى عشر لرسول الله صلى الله عليه وسلم . فكل من كان من أولاد النضر ويرتبط نسبه به فهو قرشى أ.ا من يتصل نسبه بأبيه كنانة فمن فوقه فهو عربى غير قرشى

(٢) انظر نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ١١٠ ، وسبل السلام جـ ٣ ص ١٩٧

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ ١٤ ص ١١٨

خطباها ، فقال الرسول : أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه (١) وأشار عليها بأسامة فتزوجته ، وفاطمة هذه قرشية ، وقد اختار لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أسامة بن زيد ، وهو ليس قرشياً ولا عربياً ، وقدمه على أكفائها ممن ذكر ، ولا يعلم أن الرسول طلب من أوليائها إسقاط حقهم في الكفاءة ، وهذا يدل على أن غير العربي كفء للعربية ولو كانت من قريش .

وثانياً : أن اعتبار الكفاءة في النسب للعرب إذا كان سببه - كما يقولون - حرص العرب على أنسابهم وحفظهم لها وجعلها محل تفاخرهم ومناط تفضيل بعضهم على بعض فإن هذا متحقق أيضاً بالنسبة لغير العرب ، فإن فيهم طبقات تحرص على أنسابها وتعتز بها وتتعير إذا تزوجت واحدة منهم بغير من يساويها في النسب والحسب ، فكان من الواجب أن تعتبر الكفاءة في النسب بالنسبة لغير العرب كما تعتبر بالنسبة للعرب

ولعل الباعث على هذه التفرقة نظرة العرب إلى العجم واعتزاز العرب بأنفسهم واحتقار الأجناس الأخرى التي اتصلوا بها حيث كانوا يرون غيرهم أقل شأنا منهم وكان ذلك شائعاً عندهم قبل الإسلام وفي العصر الجاهلي ولكن هذه النظرة لم يقرها الإسلام ، واعتبرها من أمور الجاهلية التي لا تليق بمن شرفهم الله بالإسلام وأكرمهم بالانضواء تحت لوائه ، فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع : «الحمد لله الذي أذهب عنكم نخوة (٢) الجاهلية

---

(١) هو كناية عن أنه كثير الضرب للنساء ؛ وقيل هو كناية عن كثرة أسفاره ، لأن المسافر يحمل عصاه في سفره

(١) النخوة : الكبر والعظمة ؛ يقال : انتخى فلان علينا أي افتخر وتعظم .

وتفاخرها بآبائها ، أيها الناس إنما الناس رجلان : مؤمن تقى كريم على الله . وفاجر شقى هين على الله ، ليس لعربى على عجمى فضل إلا بالتقوى ، كلكم لآدم وآدم من تراب . «ياأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم » (١) فقد جعل الرسول صلى الله عليه وسلم الالتفات إلى الأنساب والتفاخر بها من أمور الجاهلية ، وبين لهم أنه لا فضل لبعضهم على بعض من جهة النسب إذ كانوا جميعاً من أب وأم واحدة وهما آدم وحواء ، وأن الفضيلة والرفعة إنما تستحق بتقوى الله وطاعته .

٢ — الإسلام : وليس المقصود به هنا إسلام الزوج بالنسبة للزوجة المسلمة لأن إسلام الزوج شرط لانعقاد الزواج بالمسلمة ، وإنما المقصود إسلام الأصول ، فمن كان أبوه غير مسلم وهو مسلم لايكون كفئاً للمسلمة التى يكون لها أب مسلم ومن كان أبوه مسلما فقط لا يكون كفئا لمن لها أب وجد مسلمان ومن كان أبوه وجده مسلمين يكون كفئاً لمن لها أب وأجداد مسلمون ، وهذا عند أبى حنيفه ومحمد ، وقال أبو يوسف : إن من كان له أب مسلم يكون كفئاً لمن لها أب وأجداد مسلمون ، لأن تعريف الشخص عنده فى الدعوى والشهادة وغيرهما يكون كاملا بذكر الأب فقط ، أما أبو حنيفة ومحمد فإن التعريف عندهما لا يكون كاملا إلا بالأب والجد فلا يكون تعريف الشخص بالإسلام كاملا إلا إذا كان أبوه وجده مسلمين .

ويقول الحنفية إن التكافؤ فى إسلام الأصول إنما يعتبر فى غير العرب ،لأنهم

---

(١) الجامع لأحكام القرآن جـ ١٦ ص ٣٤٦ ؛ سبل السلام جـ٣ ص ١٩٨ ؛ بلوغ الأرب للألوسى جـ١ ص ١٦٩

بعد إسلامهم صار فخرهم بالإسلام ، وهو شرفهم يقوم عندهم مقام النسب ، أما العرب فلا يعتبر فيهم التكافؤ فى الإسلام ، لأن العرب يتفاخرون بأنسابهم ولا يتفاخرون بإسلام أصولهم ، وعلى هذا كان العربى المسلم الذى ليس له أب مسلم كفئاً للعربية المسلمة التى لها أب وأجداد مسلمون .

٣ — الحرية : فالرقيق لا يكون كفئاً للحرة ، والعتيق لا يكون كفئاً لحرة الأصل ، ومن له أب فى الحرية لا يكون كفئاً لمن لها أب وجد فى الحرية ، ومن له أب وجد فى الحرية كفء لمن لها أب وأجداد فى الحرية ، لتمام النسب بالأب والجد ، كما قدمنا فى الكلام على إسلام الأصول .

والحكمة فى اعتبار الكفاءة فى الحرية أن الرق يجلب عاراً أكثر مما يجلبه ضعة النسب والأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء والعتقاء كما يعيرون بمصاهرة من دونهم فى النسب والحسب .

٤ — الديانة : والمراد بها الصلاح والاستقامة ، وهى معتبرة فى العرب والعجم ، فإذا كانت المرأة من بنات الأتقياء الصالحين وكانت هى على مثل حالهم لم يكن الفاسق كفئاً لها ، لأنهم لتقواهم وصلاحهم يرون مصاهرة الفاسق عاراً لهم ، فإذا تزوجت بفاسق كان للولى حق الاعتراض وطلب التفريق ، فإن كانت المرأة غير مستقيمة ، وأهلها من ذوى الصلاح والتقوى أو كانت هى من أهل الاستقامة ولم يكن أهلها كذلك فهل يكون الفاسق كفئا لها ؟ اختلفت فى هذه المسألة آراء المؤلفين فى فقه الحنفية ، ولكن الظاهر — كما قال ابن نجيم فى البحر

الرائق[١] — أن الفاسق لا يكون كفئاً للمرأة فى كل من هاتين الحالتين لأن المرأة المستقيمة تعير بفسق الرجل أكثر مما تعير بضعة نسبه ، وكذلك الأولياء والأتقياء يرون فى مصاهرة الفاسق لهم عاراً ومنقصه أكثر مما يرون فى ضعة نسبه .

والمراد بالفاسق الذى لا يكون كفئا للمرأة المستقيمة الفاسق المجاهر بالفسق ، كالذى يتناول المسكر فى المجتمعات ، أو يذهب إلى أماكن الفساد وأندية القمار علنا أو يجاهر بأنه يفعل ذلك ، ومن هؤلاء الذين يتركون الصلاة أو الصيام ويعلنون أنهم لا يصلون ولا يصومون ، أما الفاسق المستتر الذى يحافظ على المروءات وعلى كرامة نفسه فى المجتمعات فإن فسقه لا يمنع من الكفاءة[٢] .

ويقول بعض المؤلفين فى فقه الحنفية : إن اعتبار الكفاءة فى الديانة هو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن التدين من أعلى المفاخر ، والتعيير بالفسق أشد من التعيير بغيره . أما محمد فلا عبرة عنده بالكفاءة فى الديانة والصلاح ، لأن الصلاح من أمور الآخرة التى بين العبد وربه ، والكفاءة من الأحكام الدنيوية التى ترجع إلى علاقة الناس بعضهم ببعض فلا يصح بناؤها على أمور الآخرة إلا أنه إذا كان

---

(١) ونص عبارته فى هذا الموضوع كما يأتى « ووقع لى تردد فيما إذا كانت صالحة دون أبيها أو كان أبوها صالحا دونها هل يكون الفاسق كفئا لها أولا . ظاهر كلام الشارحين أن العبرة لصلاح أبيها وجدها فإنهم قالوا : لا يكون الفاسق كفئا للصالحة بنت الصالحين ، واعتبر فى المجمع صلاحها فقال : فلا يكون الفاسق كفئا للصالحة وفى الخانية لا يكون الفاسق كفئا للصالحة بنت الصالحين فاعتبر صلاح الكل والظاهر أن الصلاح منها أو من آبائها كاف لعدم كون الفاسق كفئاً ولم أره صريحا » ج ٣ ص ١٤٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٢٠ .

الفاسق ممن يسخر منه ، أو يخرج إلى الطرقات سكران ويضحك منه الناس فإنه لا يكون كفئا للمرأة المتدينة(١) .

٥ — المال : واعتبرت الكفاءة فيه لأن الناس يتفاخرون بالمال أكثر من التفاخر بالنسب أو التدين خصوصاً فى زماننا هذا ، ولأن الزواج يتعلق بالمال أكثر من تعلقه بالنسب والحرية وغيرهما للحاجة إليه فى المهر والنفقة وما تتطلبه الحياة الزوجية، فلما لزم اعتبار الكفاءة فيها لزم اعتبارها فى المال أيضاً.وقد اختلفت الرواية(٢) عن أئمة الحنفية فيما تتحقق به الكفاءة فى المال ، فروى عن أبى حنيفة ومحمد أن الكفاءة فى المال تتحقق بعدم التفاوت البين فى الثروة ، فمن كانت ثروتها عشرة آلاف جنيه مثلا لا يكافئها من كانت ثروته خمسة آلاف ، ولو كان قادراً على مهر مثلها ونفقتها فلو تزوجت مثل هذه المرأة بمثل هذا الرجل كان للولى العاصب حق الاعتراض على هذا الزواج لعدم تحقق الكفاءة من جهة الزوج ، ووجه هذه الرواية أن أصحاب الثراء والغنى يعدون من لا يقاربهم فى ثرائهم وغناهم أقل شأناً منهم ، ويتعيرون بمصاهرته .

وروى عن أبى حنيفة وصاحبيه أن التقارب فى الثروة ليس بشرط لتحقق الكفاءة فى المال ، بل الشرط أن يكون الزوج قادراً على مقدم الصداق والإنفاق على الزوجة ، فمن كان قادراً على ذلك يعتبر كفئاً للزوجة ولو كانت ثروتها أو ثروة أبيها أضعاف ثروته ، وعلى هذه الرواية الفتوى . لأن الغنى لا دوام له ، والمال غادر ورائح فلا اعتبار فى الكفاءة بكثرته وقلته .

٦ — الحرفة : والمراد بها العمل الذى يزاوله الشخص لكسب رزقه وعيشه

(١) انظر المبسوط للسرخسى جـ ٨ ص ٢٥ ، بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٣٣٠ ؛ وفتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٣ ؛ البحر الرائق لابن نجيم جـ ٣ صـ ١٤١ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٣١٩ .

فيدخل فى ذلك الوظيفة ، لأنها أصبحت طريقاً للاكتساب (١) . ومعنى الكفاءة فى الحرفة أن تكون حرفة الزوج أو أهله مساوية أو مقاربة لحرفة أهل الزوجة فى المنزلة ، فإذا كانت الزوجة بنت صاحب حرفة شريفة لا يكون صاحب الحرفة الدنيئة كفئا لها . والمعتبر فى دناءة الحرفة وشرفها هو العرف ، وهذا يختلف باختلاف الأزمان والبلدان ، فقد تكون الحرفة دنيئة فى زمن ثم تصبح شريفة لاعيب فيها فى زمن آخر ، وقد تكون الحرفة وضيعة فى بلد بينما تعد من الحرف الرفيعة فى بلد آخر ، فيجب أن يراعى فى كل بلد وعصر ما جرى عليه عرف أهله ، وعلى هذا يكون البواب أو السواق أو الفراش كفئا لبنت القاضى أو المستشار أو المهندس أو الطبيب ، لأن العرف الآن يقضى بالتفاوت الكبير بينهما فى الحرفة .

واعتبار الكفاءة فى الحرفة هو الرواية الظاهرة عن أبى يوسف (٢) وهو القول الراجح فى مذهب الحنفية ، لأن الناس فى كل عصر يتفاخرون بشرف الحرف ويعيرون بدناءتها ، وقد يكون للشخص حرفة دنيئة ثم يتركها إلى حرفة شريفة ، ولكن مع هذا يبقى عاز الحرفة الاولى لاصقاً به لا يفارقه .

هذه هى الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة فى مذهب الحنفية (٣) أما ما عداها

---

(١) شرح الدر المختار جـ ٢ ص ٣٣١

(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٤ ، وفى الهداية أن اعتبار الكفاءة فى الحرفة قول أبى يوسف ومحمد وعدم اعتبارها رواية عن أبى حنيفه ، وقال الكمال فى فتح القدير إن هذا هو الظاهر عن محمد إلا أن تفحش كالحجام والدباغ .

(٣) أما لجنة الأحوال الشخصية فإنها قصرت الأمور التى تعتبر الكفاءة فيها على أربعه : الإسلام ، واكتفت فى تحقق الكفاءه فيه على إسلام الزوج وحده ، والتدين والصلاح إذا كانت المرأة صالحة ، والتقارب فى الحرفه ، والمدار فى ذلك على العرف ، والقدرة على الإنفاق ولو بطريق التكسب نصت على ذلك فى المادة (٣٠) من المشروع

كالتقارب فى السن والثقافة والموطن فلا عبرة به ، وعلى هـذا كان الشيخ الهرم كفئاً للشابة ، والجاهل كفئاً للمتعلمة ، والقروى كفئاً للمدنية ، والمريض كفئاً للسليمة ، والمجنون كفئاً للعاقلة ، وقد رأى بعض المتأخرين أن المجنون ليس كفئاً للعاقلة ، لأن الجنون لا تتحقق معه الأغراض المقصودة بالزواج فكان أشد من الفقر ودناءة الحرفة ، ولأن الناس يعيرون بتزويج المجنون أكثر من الفقير وصاحب الحرفة الدنيئة ، وهو رأى سديد ينبغى اعتماده كما قال صاحب النهر .

ولا يخفى أن التقارب بين الزوجين فى السن والثقافة والموطن ونحوها له دخل كبير فى حصول الانسجام والتوافق بين الزوجين ، فالزواج الذى يتم بين زوجين : أحدهما فى نهاية الحلقة السادسة أو السابعة والآخر فى منتصف الحلقة الثانية ، أو أحدهما حصل على قسط وافر من الثقافة والآخر لم يحصل على شىء منها لا يمكن أن يعيش ، وإذا قدر له العيش فإنما هى أشهر أو أعوام لا تمر بهما خلالها لحظة من استقرار أو سعادة ، لأن نظرة أحدهما إلى الأشياء ستختلف عن نظرة الآخر ، وتفكير أحدهما سيختلف عن تفكير الآخر ، ونتيجة ذلك عدم الوفاق والوئام ثم الانفصال فى النهاية .

متى تعتبر الكفاءة :

تعتبر الكفاءة عند إنشاء العقد فقط ، فإذا كان الزوج كفئاً للزوجة فى الأمور التى بيناها وقت العقد كان العقد صحيحاً لازماً لأن الكفاءة شرط لإنشاء العقد وليست شرطاً للبقاء ، فلو تخلف وصف من الأوصاف القابلة للتخلف كالمال والديانة والحرفة لم يؤثر ذلك فى لزوم العقد ، فإذا كان الزوج وقت العقد قادراً على الانفاق ثم أصبح غير قادر ، أو كان تقياً مستقيماً ثم انحرف عن طريق

الاستقامة ، أو كان ذا مهنة شريفة ثم صار ذا مهنة وضيعة فى كل هذه الأحوال لا يصبح العقد قابلا للفسخ ، بل يبقى لازماً كما كان ، لأن الزواج قد تقرر بتحقق الكفاءة وقت إنشائه فلا يباح فسخه بهذه الأمور العارضة ، ولأن أمور الناس لاتستقر على حالة واحدة من الغنى والفقر . والتقلب فى المناصب والحرف تبعا لتقلب الأحوال وتغيرها أمر يحصل كثيراً فلو أبيح فى مثل هـذه الحالات فسخ الزواج لاضطرب أمر الناس ولم تستقر حياة الزوجية ولضاعت أولاد تجب رعايتهم ، ثم أنه لا عار على المرأة فى بقائها مع زوجها لو تغيرت حاله ، بل ربما كان ذلك منها دليلا على وفائها وصبرها ورضاها بحكم القدر .

الباب الثالث

فى

حقوق الزواج وواجباته

الزواج عقد ينشأ بين الرجل والمرأة ، وبه يتم الارتباط بينهما ، ومتى تم هذا العقد ترتبت عليه حقوق وواجبات لكل منهما على الآخر تبقى ما بقيت الحياة الزوجية ،فإذا راعى الزوجان هذه الحقوق والواجبات وأحسنا القيام بها قويت رابطة الزوجية ، واستقرت حياة الأسرة واستقام أمرها ، والأصل فى ثبوت هذه الحقوق والواجبات قول الله تعالى « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف »[1] أى أن للنساء من حقوق الزوجية على الرجال مثل ما للرجال عليهن من واجبات وبهذا النص المحكم وضع الإسلام القاعدة التى تقوم عليها الحياة الزوجية وهى تبادل الحقوق والواجبات بين الزوجين ، وأرشد إلى الأساس الذى يرجع إليه فى تقرير هذه الحقوق والواجبات وهو العرف الذى تقضى به فطرة الرجل وفطرة المرأة وهذه الحقوق والواجبات كثيرة ومتنوعة ، والحديث عنها طويل ولكن سنعرض لبيان أهمها مبتدئين فى ذلك بالكلام على الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها .

الفصل الأول

حقوق الزوجة

للزوجة على زوجها حقوق يلزمه القيام بها ، وهذه الحقوق بعضها حقوق مالية ، وهى المهر والنفقة ، وبعضها حقوق غير مالية وهى العدل والإحسان فى المعاملة ، وسنتكلم عن كل واحد منها على حدة فيما يلى :

---

(١) آية ٢٢٨ من سورة البقرة .

ا ـ المهـــر

الـكلام فى المهر ينتظم الأمور الآتية : تعريفه . حكمه . مقداره . أنواعه الحالات التى يجب فيها كل نوع . ما يصلح أن يكون مهراً وما لا يصلح . الحقوق المتعلقة به . تعجيله وتأجيله . الزيادة فيه والحط منه . متى يجب المهر للزوجة بتمامه ومتى يجب لها نصفه ، ومتى يسقط ولا يجب لها شىء ، متى تجب المتعة للزوجة . اقتران المهر بالشرط . ولاية قبض المهر والتصرف فيه . ضمان المهر . هلاكه واستهلاكه واستحقاقه . الاختلاف فى المهر وما يفصل به فى ذلك . الجهاز ومن يلزم به . الاختلاف فى متاع البيت وما يفصل به فى ذلك .

تعريف المهر :

المهر اسم (١) للمال الذى تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقياً .

حكمه :

ومن هذا التعريف يمكن إدراك حكم المهر وهو الوجوب ، وأن هـذا الوجوب على الرجل دون المرأة وأن وجوبه على الرجل يثبت بواحد من أمرين :

الأول : مجرد العقد ، وهـذا فى الزواج الصحيح ، غير أن وجوبه بالعقد وجوب غير مستقر فهو عرضة لأن يسقط كله أو نصفه ما لم يتأكد بواحـد من مؤكدات المهر التى سيأتى بيانها .

الثانى : الدخول الحقيقى ، وهذا فى الزواج الفاسد أو فى حالة الشبهة ، وبه

---

(١) وكما يسمى هذا المال بالمهر يسمى أيضاً بالصداق والحباء والأجر والعقر .

يجب المهر وجوباً مؤكدا لا يحتمل السقوط إلا بالأداء أو الإبراء .

والدليل على وجوب المهر ما ورد فى القرآن الكريم من أمر الأزواج بدفع المهور إلى الزوجات فى قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (١) وقوله سبحانه « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » (٢) وما جاء فى السنة من الأحاديث الصحيحة التى تدل على وجوب المهر للزوجة على زوجها وما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم من أنه لم يخل زواجا من مهر، ولو كان المهر غير واجب فى الزواج لتركه ولو مرة واحدة ليدل على عدم وجوبه .

والحكمة فى وجوب المهر فى الزواج إظهار خطر هذا العقد ومكانته وإعزاز المرأة ورفعة قدرها والعمل على دوام رابطة الزوجية واستمرار هذه الشركة ، لأن ما يصعب طريق الوصول إليه يعز فى الأعين ويحرص الناس على إبقائه بعد الحصول عليه ، وما يتيسر الوصول إليه يهون فى الأعين ويسهل التفريط فيه بعد الحصول عليه .

والحكمة فى وجوبه على الرجل دون المرأة أن المرأة بعقد الزواج تدخل فى طاعة الزوج وتخضع لرئاسته ، وتنتقل من البيت الذى ألفته إلى بيته وبذلك يملك من أمرها ما لم يكن له فكان عليه أن يقدم لها ما يرضيها بطاعته ويطيب نفسها برئاسته ويشعرها بالرغبة فيها وأنها موضع بره وعطفه ورعايته .

وأيضاً فإن طبيعة الرجل تمكنه من السعى للرزق وكسب المال الذى تتطلبه حاجات المعيشة ونفقات الأسرة ، وأما المرأة فوظيفتها الطبيعية القيام على شئون

---

(١) آية : ٤ من سورة النساء . ومعنى نحلة عطاء عن طيب نفس ، وقال قتادة : معنى « نحلة » فريضة واجبة .

(٢) آية : ٢٤ من سورة النساء .

البيت وتدبير أموره وتهيئة أسباب الراحة والهناء والسعادة لزوجها ولأولادها فكان من المناسب أن تكون التكاليف المالية التى تقتضيها الحياة الزوجية كلها على الرجل دون المرأة ومن هذه التكليفات المهر .

أما ما يجرى عليه بعض الأمم الغربية من إلزام الزوجة بالمهر أو تأثيث منزل الزوجية فهو قاب للأوضاع الفطرية وله كثير من المساوىء الاجتماعية والمضار الخلقية مما دعا كثيراً من باحثيهم إلى نقده ، ذلك أنهم رأوه فى بعض الأحيان وسيلة إلى زلل كثير من الفتيات الفقيرات ، فإن الواحدة منهن حريصة على أن تتزوج ولا سبيل إلى أن تتزوج إلا إذا جمعت مالا تقدمه للزوج فتأخذ فى وسائل جمع هذا المال ، وكثيراً ما تهوى بها تلك الوسائل ، وإذا يئست من جمع المال استعاضت عن الزواج باتخاذ الأخدان ، وكلتا النتيجتين شر وضرر كبير .

والمهر — وإن كان واجباً فى الزواج — إلا أنه ليس واجباً على أنه ركن من أركان الزواج أو شرط من شروطه وإنما هو واجب على أنه حكم من أحكامه وأثر من آثاره التى تترتب عليه ، ولهذا يثبت المهر بالزواج ولو لم ينص عليه فى العقد ، فلو تزوج الرجل امرأة ولم يسميا مهراً عند العقد أو سميا شيئا لا يصلح أن يكون مهراً ، أو اتفقا على الزواج بغير مهر كان العقد صحيحا ووجب للزوجة المهر على الزوج ، والدليل على ذلك قول الله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة »(١) فإنه سبحانه نفى الإثم عن الرجل إذا طلق امرأته قبل الدخول وقبل أن يسمى لها مهراً ، ومن المعلوم أن الطلاق لا يكون إلا فى الزواج الصحيح فكان هذا دليلا على أن ذكر المهر ليس ركناً من أركان العقد ولا شرطاً من شروط صحته .

---

(١) آية : ٢٣٦ من سورة البقرة .

وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة تزوجت ، ولم يكن قد سمى لها مهر ، ثم مات زوجها قبل الدخول : بأن لها مهر مثلها من غير زيادة أو نقصان، وهذا يدل على أن المهر حكم من أحكام العقد وليس ركنا ولا شرطا له.

مقدار المهر :

اتفق الفقهاء على أن المهر ليس له حد أعلى ولا نهاية كبرى يقف عندها ، لأنه لم يرد عن الشارع ما يدل على تحديده بحد أعلى بحيث لا يزيد عنه ولا تحديد إلا بدليل ، ولذا روى أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أراد أن يمنع الناس من المغالاة فى المهور فنهى أن يزاد فى الصداق على أربعمائة درهم . وخطب الناس فى ذلك فقال: ألا لا تغالوا فى صدقات النساء فإنها لو كانت مكرمة فى الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتى عشرة أوقية « أى من الفضة »(١) فمن زاد على أربعمائة شيئاً جعلت الزيادة فى بيت المال . فقالت له امرأة من قريش : ليس ذلك إليك يا عمر فقال : ولم ؟ قالت : لأن الله تعالى يقول « وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئاً » فقال عمر اللهم عفوا ، كل الناس أفقه منك يا عمر ، ثم رجع إلى المنبر فقال : إنى كنت نهيتكم أن تزيدوا فى صدقات النساء على أربعمائة درهم فمن شاء أن يعطى من ماله ما أحب .

والآية الكريمة وإن كان فيها إشارة إلى أن المهر ليس له حد أعلى بل ذلك متروك للناس لتفاوتهم فى الغنى والفقر فيعطى كل منهم بحسب حاله وحال من يرغب فى الزواج بها ولكن ورد فى السنة الإرشاد إلى عدم التغالى فى المهور

---

(١) ومقدار الأوقية من الفضة أربعون درهما .

والتيسير فيها ، من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « إن أعظم النساء بركة أيسرهن مئونة » ويروى « أيسرهن صداقا » والحكمة فى ذلك أن المغالاة فى المهور وتكاليف الزواج تصرف الراغبين فى الزواج عنه ، ولا يخفى ما فى هذا الإعراض من المفاسد الخلقية والاجتماعية .

ولعل عمر رضى الله عنه إنما اعترف بالخطأ وعدم الفقه لأنه أراد أن يلزم الناس بالوقوف عند حد معين فى المهر ، أى إنه أراد أن يجعل ذلك قانوناً عاماً يلتزم به الناس جميعاً ، ولو أنه أراد أن يرشدهم إلى الأولى والأفضل من غير إلزام بذلك لما رجع عن قوله ، لأنه حينئذ يكون موافقاً لما أثر عن النبى صلى الله عليه وسلم من عدم المغالاة فى المهور كما قدمنا .

أما أقل المهر فإن الفقهاء اختلفت آراؤهم فيه اختلافا كبيرا والمشهور منها رأيان : (أحدهما) أن أقل المهر عشرة دراهم(١) أو ما يساويها ، وهو مذهب الحنفية والمعمول به أمام المحاكم إلى الآن ، فلو اتفق الزوجان على أقل من ذلك لزمت العشرة ، واستدلوا على ذلك بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا مهر أقل من عشرة دراهم » وبأن المهر واجب فى الزواج إظهارا لمكانته فيقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ، فإنه مقدر بعشرة دراهم .

و(ثانيهما)، أن المهر لا حد لأقله ، فكل ماله قيمة يصلح أن يكون مهراً قليلا كان أو كثيراً ، وهو مذهب الشافعى وأحمد وبعض العلماء ، وقد استدلوا على ذلك بما يأتى :

١ — قول الله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم »(٢) فإن الأموال فيه وردت مطلقة عن التقييد بمقدار معين ، ولم يرد فى أدلة الشرع

---

(١) وهى تساوى بالعملة المصرية فى غير أوقات التضخم المالى خمسة وعشرين قرشا

(٢) آية : ٢٤ من سورة النساء .

التى يصح الاعتماد عليها ما يدل على تقييدها بشىء معين كخمسة أو عشرة فيعمل بها على إطلاقها ، ومقتضى هذا الإطلاق أن كل ما يطلق عليه اسم المال يصح أن يجعل مهراً فى الزواج قليلا كان أو كثيراً .

٢ — ماجاء فى السنة من الأحاديث الصحيحة التى تدل على أن المهر ليس له مقدار معين من ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم لمن أراد أن يتزوج « التمس ولو خاتماً من حديد» فإنه يدل دلالة ظاهرة على أن المهر يصح بكل ما يطلق عليه اسم المال ولو قليلا .

من ذلك ماروى عن أبى سعيد الخدرى قال : سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صداق النساء فقال : « هو ما اصطلح عليه أهلوهم » وهو أيضاً واضح الدلالة على أن المهر لاحد لأقله ، وأن ذلك متروك لاتفاق المتعاقدين ،

٣ — أن المهر حق للمرأة شرعه الله صيانة لها وإظهاراً لمكانتها فيكون تقديره موكولا إلى تقدير الطرفين ورضاهما .

ولا يخفى رجحان ماذهب إليه أصحاب هذا الرأى لموافقته لما ورد فى الكتاب والسنة الصحيحة فلا وجه للعدول عنه ، ولهذا اختارته لجنة الأحوال الشخصية «فنصت فى الفقرة (ا) من المادة (٤٢) من مشروعها على أنه لاحد لأقل المهر ولا لأكثره»

ما يصلح أن يكون مهراً :

الأصل فى هذا أن الذى يصلح أن يكون مهراً هو المال المتقوم المعلوم والمنفعة التى تقابل بالمال إذا كانت معلومة ، وعلى هذا الأصل فكل من الذهب والفضة يصلح أن يكون مهراً سواء كان نقداً أم حلياً أم غير ذلك بأن كان سبيكة غير مضروبة ولا مصنوعة .

وكذلك الفلوس وورق النقد وغيرهما من المكيلات والموزونات والحيوان والعقار والعروض كالثياب يصلح كل منها أن يكون مهراً .

ومثل هذا منافع الأعيان التي يستحق في مقابلها المال كسكنى المنزل أو زراعة الأرض وركوب السيارة ، وما أشبه ذلك ، فإذا تزوج الرجل امرأة وجعل مهرها الانتفاع بزراعة أرضه أو سكنى منزله أو ركوب سيارته مدة معلومة صح ذلك .

وعلى هذا الأصل لا يصلح مهراً كل ماليس مالا كحبة القمح أو قطرة الماء ، أو كان مالا ولكنه غير متقوم في حق المسلم كالخمر والخنزير ، وكذلك ما كان متقوماً ولكنه مجهول جهالة فاحشة تفضى إلى النزاع ، أما الجهالة اليسيرة فإنها لاتبطل التسمية لأن المال غير مقصود في الزواج فيتسامح فيه بما لا يتسامح في المعاوضات المالية . والحد الفاصل بين الجهالة الفاحشة واليسيرة أن الجهالة الفاحشة ما كان النوع فيها مجهولا كأن يتزوج المرأة ويجعل مهرها بيتاً أو حيواناً أو دابة أو ثوباً من غير أن يبين نوع الثوب أو الحيوان أو مكان البيت ، والجهالة اليسيرة ما كان النوع فيها معلوماً ولكن الوصف غير معلوم كأن يتزوج المرأة على عشرين أردباً من القمح أو عشرين قنطاراً من القطن فإن التسمية تكون صحيحة وتعتبر جهالة الوصف جهالة يسيرة، ويجب الوسط من ذلك النوع أو قيمته من غير إجحاف بالزوج أو الزوجة ، وكذلك المنفعة التي لا يستحق في مقابلها المال فإنها لاتصلح مهراً كأن يتزوجها ويجعل مهرها طلاق ضرتها ، أو ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها فإن كل منفعة من هذه المنافع لاتصلح أن تكون مهراً لأنها لاتقدر بمال .

ومن هذا القبيل مالو تزوجها على أن يعلمها القرآن أو بعضه أو شيئاً من أحكام الدين ، فإن التسمية لا تصح، ويجب للزوجة مهر المثل، وهذا عند المتقدمين من فقهاء الحنفية ، لأن تعليم القرآن وأحكام الدين لايجوز أخذ الأجرة عليه ، ولا يصح أن يقابل بالمال لأنه من الطاعات التي يتقرب بها إلى الله تعالى والاستئجار على عمل الطاعات باطل لا تحل فيه الأجرة .

أما المتأخرون منهم فقد أفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن وأحكام الدين للحاجة إلى ذلك بسبب تبدل الأحوال وتغير الزمان واشتغال الناس بشئون المعيشة فلا يستطيع المعلمون أن يتفرغوا للتعليم من غير أجر ، وعلى هذا الرأى يمكن القول بجواز أن يكون المهر تعليم القرآن أو أحكام الدين ، وبرأيهم يفتى الآن .

وقد يستشهد لهذا الرأى فى مسالة المهر بحديث سهل بن سعد الساعدى الذى جاء فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلا من امرأة بما معه من القرآن ،وقد ورد فى بعض روايات هذا الحديث التصريح بتعليم المرأة مامعه من القرآن (١) .

أنواع المهر والأحوال التى يجب فيها كل نوع

يتنوع المهر الواجب فى الزواج إلى نوعين :

١ — المهر المسمى ، وهو ما اتفق عليه فى العقد أو فرض للزوجة بعده بالتراضى ، كأن يتزوجها ولا يسمى لها مهراً عند العقد ثم يتفقان بعد العقد على أن المهر مائة جنيه مثلا ، ويعتبر من جملة المهر المسمى فى العقد ما جرى عرف الناس بتقديمه للزوجة البكر قبل الزفاف أو بعده كالثياب اللازمة للزفاف أو غير ذلك مما يعطيه الزوج لزوجته بعد الدخول ، فإن المعروف بين الناس بمنزلة المشروط فى العقد لفظاً ويجب إلحاقه بالمهر ، ويلزم الزوج به إلا إذا شرط نفيه وقت العقد أو سمى فى مقابلته مالا معلوماً يضم إلى المهر ، لأن المهر منه مايصرح بكونه مهراً ومنه ما يسكت عنه بناء على أنه معروف لابد من تسليمه فهو بمنزلة المشروط لفظاً متى جرى العرف به واشتهر ذلك وكان

(١) انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ٥ صـ ١٣٤ .

معلوماً عند الزوج ، وللزوجة فى هـذه الحالة المطالبة به وأن تمنع نفسها لقبضه ولو استوفت جميع ما شرط تعجيله من الصداق غير هـذه الأشياء ولا تعد بذلك ناشزة (١) .

٢ — مهر المثل ، وهو مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من أسرة أبيها كأختها الشقيقة أو لأبيها وعمتها وبنت عمها ، والمماثلة تكون فى الصفات التى يرغب فيها ويختلف المهر باختلافها كالسن والجمال والمال والصلاح والأدب والعقل والعلم والبكارة أو الثيوبة والولد أو عدمه والبلد وما إلى ذلك ، ويراعى مع هـذا

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٨ ، وحكم محكمة جرجا الشرعية المنشور فى مجلة القضاء الشرعى س : ٤ ص : ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ومما جاء فى حيثيات هذا الحكم « ومن حيث أن المذكورين متفقون على البكارة وعدم الزفاف وجريان العادة والعرف بتقديم هذه الأشياء ، ولم يؤدها للآن ، وإنما النزاع منحصر فى أن هذه الزوجة الموصوفة بما ذكر لها منع نفسها عن الزوج من أجل ذلك أم لا ، فقال وكيلها بالإيجاب ، وقال وكيلاه بالسلب بالصفة المذكورة .

ومن حيث إن السادة الفقهاء قد نصوا على أن البكر لها أشياء زائدة على المهر . منها مايؤديه الزوج قبل الدخول ، ومنها مايؤديه بعده ، وأن ذلك بمنزلة المشروط ، حتى لو أراد الزوج ألا يدفع ذلك يشترط نفيه وقت العقد أو يسمى فى مقابلته دراهم معلومة تضم إلى المهر ، وأن المعروف فى هذه الحالة كالمشروط . ويجب إلحاقه به ، ويعتبر ذلك فى العرف من جملة المهر على وجه اللزوم ، وللزوجة فى هذه الحالة المطالبة بما ذكر وأن تمنع نفسها لقبضه ، ولا جهالة فى ذلك لأنه معلوم النوع مجهول الوصف كالفرس والعبد ، والتفاوت فى ذلك يسير فى العرف باعتبار الفقر والغنى وقلة المهر وكثرته ، ويعتبر الوسط .

ومن حيث إن وكيل المدعى عليها قد دفع الدعوى بما ذكر ، وصادق على ذلك وكيلا المدعى ، والزوجة فى هذه الحالة المطالبة به ولها أن تمنع نفسها لقبضه ، ومتى كان لها ذلك فلا تعد ناشزا .

حال الزوج فإن ذا الفضل يرغب فيه فيتسامح معه فى المهر بما لا يتسامح مع غيره فإن لم يوجد من تماثلها من أسرة أبيها فيما ذكر من الأوصاف اعتبر مهر المثل بمهر امرأة من أسرة تماثل أسرة أبيها فى المكانة والمنزلة الاجتماعية .

ثم إن اتفق الطرفان على مهر المثل وجب ما اتفقا عليه وإن اختلفافى مقداره بأن ادعت الزوجة بأن مهر مثلها مائة وخمسون وادعى الزوج أن مهر مثلها مائة فقط فأيهما أقام بينة على دعواه حكم له ، وإن أقام كل منهما بينة على دعواه قدمت بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة التى هى محل النزاع بينهما وحكم لها بما تدعيه وإن لم يقم أحدهما بينة على دعواه فالقول قول الزوج بيمينه ، لأنه ينكر الزيادة ،والقول قول المنكر مع يمينه فإن حلف اليمين حكم له بما يدعيه ، وإن امتنع عن اليمين لزمه ما تدعيه الزوجة لأن الامتناع عن اليمين إقرار بدعوى الخصم .

الأحوال التى يجب فيها مهر المثل :

ويجب مهر المثل للزوجة عند الحنفية فى الأحوال الآتية :

١ — أن يكون العقد صحيحاً وقد خلا من تسمية المهر ، كأن يقول الرجل المرأة زوجينى نفسك فتقول : قبلت ، ولا يذكران مهراً ولا يكون بينهما اتفاق على شىء ، ويسمى العقد فى هذه الحالة عقد تفويض وتسمى المرأة « مفوضة » بكسر الواو مع التشديد ، لأنها قد فوضت تقدير المهر إلى الزوج (١) فإذا لم يذكر المهر فى العقد ولم يفرض الزوج على نفسه بعد العقد مهراً ، ولم ترفع الزوجة الأمر إلى القاضى ليفرض لها مهرا وسكتت عن المطالبة بفرض المهر حتى دخل الزوج بها أو مات عنها وجب لها مهر المثل ، لأنه بالعقد عليها وجب لها مهر لا محالة ، وحيث إنه لم يسم لها مهراً فلا سبيل إلى إيجاب شىء غير مهر المثل وقد ثبت

---

(١) ويجوز فتح الواو إذا كان الذى تولى تزويجها الولى ، لأنه حينئذ يكون قد فوض أمرها للزوج .

أن عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه سئل فى رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يفرض لها الصداق ، فقال ـ بعد أن استمهل السائل زمناً ـ أرى أن لها مثل مهر نسائها لاوكس ولاشطط « يعنى من غير نقصان ولازيادة» فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال : إنى أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع[1] بنت واشق الأشجعية مثل قضائك هذا ، وشهد بذلك ناس من أشجع ففرح بن مسعود فرحاً لم يفرح مثله فى الإسلام ، لموافقة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .

أما إذا طلقت قبل الدخول والخلوة فلا يجب لها شيء من المهر ، وإنما تجب لها المتعة التى سيأتى بيانها فى موضعها .

٢ — أن يكون هناك اتفاق على نفى المهر ، كأن يقول لها : تزوجتك على ألا مهر لك ، وتقول : قبلت ، لأن المهر حكم من أحكام العقد يترتب عليه بحكم الشرع ولايملك أحد إخلاء الزواج منه ، فإذا اتفق العاقدان على نفيه كان اتفاقهما باطلا ، وكان اشتراط نفيه فى العقد شرطاً فاسداً ، والشرط الفاسد إذا اقترن بعقد الزواج لايقتضى فساده بل يلغو وحده ويبقى العقد صحيحاً تترتب عليه أحكامه ويجب به المهر ، فإذا لم تكن هناك تسمية صحيحة اتجه الوجوب إلى مهر المثل .

٣ — أن تكون هناك تسمية ولكنها غير صحيحة ، وتكون التسمية غير صحيحة فى الحالات الآتية :

ا — أن يكون المسمى غير مال أصلا كالميتة وحبة القمح وقطرة الماء وما أشبه ذلك مما لا ينتفع به أصلا أو ينتفع به ولكنه انتفاع لا يعتد به عند الناس .

---

(١) بروع بفتح الباء ، كما ضبطها صاحب القاموس ، وفى المغنى هى بفتح الباء عند أهل اللغة وبكسرها عند أهل الحديث .

ب — أن يكون المسمى مالا ولكنه غير متقوم كالطير فى الهواء والمعادن فى باطن الأرض وكالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم حتى ولو كانت الزوجة كتابية لأنه لا يمكن إيجاب الخمر أو الخنزير على المسلم، لأن كليهما ليس بمال له قيمة فى حقه(١).

حـ — أن يكون المسمى مالا متقوماً، ولكنه مجهول جهالة فاحشة من شأنها أن تفضى إلى النزاع، وهى جهالة الجنس أو النوع كما قدمنا.

الحالة التى يجب فيها المسمى:

ويجب المسمى للزوجة إذا كانت التسمية صحيحة، وكان العقد صحيحاً أيضا. فإذا سمى المهر فى العقد الصحيح أو بعده تسمية صحيحة بأن يكون المسمى مالا متقوماً معلوماً علما ليس فيه جهالة فاحشة وجب المسمى مهما كان عظيما.

فإن كانت التسمية صحيحة وكان الزواج فاسداً لم يجب بالعقد شىء من المهر لكن لو دخل الرجل بالمرأة دخولا حقيقاً وجب لها المهر، والمهر الواجب لها فى هذه الحالة هو الأقل من المسمى ومهر المثل، فإن كان المسمى مائة ومهر مثلها ثمانون فالواجب لها ثمانون، لأن ما زاد على مهر المثل إنما يجب بالعقد الصحيح، ولا يصلح العقد الفاسد سبباً لوجوبه، وإن كان المسمى مائة ومهر مثلها مائة وخمسون كان الواجب لها مائة فقط، لأنها رضيت بها فيعتبر ما زاد عليها بمنزلة العدم، وهذا عند أبى حنيفة وصاحبيه، وقال زفر يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ لأن العقد لما فسد فسدت التسمية بفساده فلا يلتفت إليها ويرجع إلى مهر المثل، لأن الزواج الفاسد إذا حصل به دخول كان كالبيع الفاسد إذا حصل

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٤

بعده قبض المبيع ، وفى حالة البيع الفاسد تجب القيمة ولا يجب الثمن المذكور فى العقد فكذلك هنا يجب مهر المثل ، ولا يجب المهر المسمى ولا يلتفت إليه ، ولو أوجبنا الأقل من المسمى ومهر المثل لكان المسمى واجباً فى بعض الأحوال وكان ذلك اعترافاً من الشارع بالعقد الفاسد ، وهو كلام وجيه .

الحقوق المتعلقة بالمهر :

يتعلق بالمهر فى حالة ابتداء العقد ، وهى حالة إنشائه ثلاثة حقوق :

(الأول) حق الله تعالى (الثانى) حق الزوجة (الثالث) حق الأولياء .

أما حق الله تعالى فهو وجوب المهر أثراً للعقد بحيث لا يقل عن عشرة دراهم كما هو رأى الحنفية ، وعلى هذا لو رضيت المرأة بالزواج من غير مهر وجب لها مهر المثل بحكم الشرع ، ولو رضيت بالزواج بأقل من عشرة دراهم لزمت العشرة بحكم الشرع لأن حق الشرع لا يملك أحد إسقاطه ولا إنقاصه لعدم الولاية عليه .

وأما حق الزوجة فهو ثبوت ملكها للمهر وألا يكون أقل من مهر مثلها ، فلو زوجها الولى بأقل من مهر مثلها وكانت رشيدة كان لها الحق فى الاعتراض على هذا الزواج ، لأن رضاه بأقل من مهر المثل يسقط حقه دون حقها .

أما فاقدة الأهلية أو ناقصتها فإن كان المزوج لها أصلا أو فرعا غير معروف بسوء الاختيار والرأى فلا يكون لها حق الاعتراض على نقصان المهر عن مهر المثل ، وإن كان المزوج لها أصلا أو فرعا قد عرف بسوء الاختيار وفساد الرأى أو كان غير أصل أو فرع كان الزواج فاسداً .

وأما حق الأولياء فهو ألا يكون المهر أقل من مهر المثل ، فلو زوجت البالغة

العاقلة نفسها بأقل من مهر مثلها كان لوليها العاصب عند أبى حنيفة أن يعترض على هذا العقد ويطلب فسخه(١) ، لأن الأولياء يعيرون إذا كان المهر أقل من مهر مثلها ، ورضا المرأة بإسقاط حقها لا يسقط حق وليها ، فإن أتم الزوج مهر مثلها لزم العقد ولم يكن للولى حق طلب الفسخ .

أما فى البقاء وهو بعد وجوب المهر وتقرره فى ذمة الزوج فإنه يتعلق به حق واحد وهو حق المرأة فيكون ملكا خالصاً لها لا يشاركها فيه أحد فلها أن تتصرف فيه كما تتصرف فى سائر أموالها متى كانت أهلا للتصرف ، فلو أبرأت زوجها من المهر كله أو بعضه بعد ما وجب فى ذمته بالعقد صح إبراؤها وبرئت ذمته ، ولو قبضته ثم وهبته له أو لغيره صحت الهبة ولا حق لأحد فى الاعتراض عليها لأنها تصرفت فى خالص حقها .

تعجيل المهر وتأجيله :

المهر لا يشترط فيه أن يكون حالا بل يصح أن يتفق الزوجان على تعجيله كله أو تأجيله كله أو تعجيل بعضه وتأجيل بعضه الآخر إلى أجل قريب أو بعيد أو إلى أقرب الأجلين : الطلاق أو الوفاة ، لجريان العرف بذلك ، والعرف فى الشرع له اعتبار ، ويصح جعل المهر أقساطاً تؤدى فى مواعيد معينة بحسب الاتفاق ،

---

(١) وقال أبو يوسف : ليس للولى حق الاعتراض على نقصان المهر عن مهر المثل ، لأن المهر بعد وجوبه يصبح حقا للزوجة ، فيكون لها أن تسقطه عن الزوج مهما كان مقداره ، وعلى هذا لا تكون هناك فائدة فى إعطاء الولى حق الاعتراض ورفعه إلى مهر المثل ؛ ثم إسقاطه بعد ذلك من الزوجة صاحبة الحق ؛ وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية هذا الرأى ، فجاء فى المادة (٣٢) من مشروع القانون ما يأتى : « ليس للولى طلب الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل » .

فإذا كان هناك اتفاق على شيء من ذلك عمل به ، ولو كان العرف على خلافه ، لأن الاتفاق من قبيل الصريح ، والعرف من قبيل الدلالة ، والصريح أقوى من الدلالة . وإذا لم يكن هناك اتفاق على تعجيل المهر أو تأجيله كلا أو بعضاً عمل بما يقضى به عرف البلد الذى أجرى فيه العقد ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، فإذا جرى العرف بتقديم المهر كله قبل الدخول وجب تقديمه ، وإن جرى العرف بتقديم النصف وجب أن يقدم ، وإن كان العرف تقديم الثلثين كان الواجب تقديمه ، والمعروف فى بعض بلاد الجمهورية العربية المتحدة تقديم الثلثين وفى بعضها تقديم النصف وتأجيل الباقى إلى أقرب الأجلين : الطلاق أو الوفاة ، فيعمل بهذا العرف ما لم يوجد الاتفاق صراحة على خلافه .

وإذا لم يكن هناك عرف بالتعجيل أو التأجيل فإن المهر يستحق حالا لأن الأصل أن المهر يجب بتمام العقد ، لأنه حكم من أحكامه ، وأحكام العقد لا تتراخى عنه فكان الواجب تعجيله بمجرد تمام العقد ، ولكنه يؤخر بالشرط أو مايقوم مقامه وهو العرف فإذا لم يشترط تأجيله أو لم يوجد عرف يقتضى تأجيله بقى على الأصل .

وإذا كان المهر كله عاجلا أو كان بعضه عاجلا وبعضه مؤجلا ولم تقبض الزوجة المهر كله فى الحالة الأولى أو لم تقبض العاجل منه فى الحالة الثانية فلها أن تمنع الزوج من الاستمتاع بها ، وأن تمتنع من الانتقال إلى بيته ولا تعد ناشزاً ، لأن امتناعها بحق شرعى ، غير أنه إذا كان الزوج قد دخل بزوجته أو اختلى بها قبل أن تقبض عاجل الصداق لم يكن لها الحق فى منع نفسها عند أبى يوسف ومحمد لأنها لما رضيت بالدخول أو الخلوة قبل قبض المعجل كانت مسقطة لحقها فى طلبه قبل الدخول فيسقط حقها فى الامتناع ، فإن امتنعت لم تجب لها نفقة لنشوزها .

وقال الإمام أبو حنيفة : لها الحق فى الامتناع لأن رضاها بالدخول أو بالخلوة قبل قبض المعجل من المهر إسقاط لحقها فى منع نفسها فى الماضى ، وليس إسقاطاً لحقها فى المستقبل ، نظير هذا ما لو رضيت المرأة بمعاشرة زوجها من غير إنفاق عليها مدة من الزمان فإنه لا يعد ذلك إسقاطا لحقها فى طلب الإنفاق فيما يستقبل من الزمان ، وأيضاً فإن رضاها بالدخول أو بالخلوة قد يكون وسيلة إلى حمل الزوج على دفع المعجل فإذا ضاع رجاؤها كان لها الحق فى منع نفسها .

وقول أبى حنيفة هو الراجح وعليه عمل المحاكم[1] ولكن بعض المحاكم قد سار على قول أبى يوسف ومحمد[2] وهو حسن فى بعض القضايا التى يكون الغرض فيها من مثل هذا الدفع الخروج عن طاعة الزوج والكيد له .

فإن دفع الزوج المعجل بتمامه لم يكن للزوجة الحق فى أن تمنع نفسها منه ولا أن تمتنع من الانتقال إلى بيته ، فإن امتنعت أجبرت على التسليم إلا إذا كان هناك ضرورة تحول دون ذلك كالمرض ونحوه .

وإذا عجز الزوج عن دفع معجل الصداق لم يكن للزوجة الحق فى طلب فسخ الزواج بأى حال عند الحنفية سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده وهو أصح الوجوه عند الحنابلة ، وإنما لها الحق فى منع نفسها من الزوج وعدم التقيد بإذنه فى الخروج والسفر ونحو ذلك .

---

(١) فقد قضت محكمة ملوى الشرعية فى ١٧/٢/١٩٤٧ « بأن للزوجة منع الزوج من الاتصال بها اتصالا جنسيا ودواعى هذا الاتصال ولو بعد اتصال وخلوة رضيتهما حتى تستوفى ما تعورف تعجيله من المهر » عدد ٧ ، ٨ س : ٢٠ (مجلة المحاماة) .

(٢) فقضت محكمة العطارين الجزئية فى ١٣/١/١٩٤٤ بأنه ليس للزوجة أن تمنع نفسها من زوجها بعد الدخول والمعاشرة بحجة أنها لم تقبض المهر » (مجلة المحاماة الشرعية س : ١٦ ص ٥١) .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة فى أحد الوجوه عندهم : للزوجة الحق فى طلب الفسح فى هذه الحالة إلا أن منهم من أجاز لها فسخ الزواج قبل الدخول وبعده ، ومنهم من أجاز لها ذلك قبل الدخول لا بعده[١] ، وهو رأى حسن ينبغى العمل به لما فيه من دفع الضرر عن الزوجة .

أما إذا اشترط تأجيل المهر كله فهل للزوجة أن تمنع نفسها من الاستمتاع بها ومن الانتقال إلى بيت الزوج قبل حلول الأجل أو ليس لها ذلك ؟ .

إذا اشترط الزوج الدخول قبل حلول الأجل ورضيت الزوجة به فليس لها الحق فى الامتناع اتفاقا ، وإن لم يشترط الزوج الدخول قبل حلول الأجل فليس لها الامتناع عند أبى حنيفة ومحمد ، لأنها لما رضيت بتأجيل المهر كله كان ذلك رضا منها بإسقاط حقها فى تعجيل المهر ، وليس هناك دليل على أن الزوج قد رضى بإسقاط حقه فى الاستمتاع بها وتنفيذ حقوقه المترتبة على العقد .

وقال أبو يوسف : للزوجة أن تمنع نفسها حتى يجىء الوقت الذى أجل إليه المهر ، لأن الزوج لما طلب تأجيل المهر كله فقد رضى بإسقاط حقه فى الاستمتاع وتنفيذ حقوقه التى له بمقتضى العقد ، وقد أفتى بعض العلماء بقول أبى يوسف استحسانا[٢] .

الزيادة فى المهر والحط منه :

المراد بالزيادة فى المهر أن يضاف إليه شىء بعد تمام العقد والاتفاق على مهر

---

(١) المغنى لابن قدامه جـ ٨ ص ٨١ ، جـ ٩ ص ٢٥١ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٩٩ ، نهاية المحتاج شرح المنهاج جـ ٧ ص ٢٠٤

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٦٨ ، وفتح القدير جـ ٢ ص ٤٧٢

معين سواء أكان ذلك الشيء من جنس المهر أم من غير جنسه ، والمراد بالحط منه إنقاص جزء من المهر أو إسقاط المهر كله بعد تمام العقد والاتفاق على مقدار معين .

يجوز للزوج بعد تمام العقد والاتفاق على المهر أن يزيد عليه قدراً آخر من جنسه أو خلاف جنسه ، بأن يقول : جعلت مهر زوجتى مائة وخمسين بدلا من مائة ، أو جعلته مائة وهذه السيارة بدلا من مائة فقط ، فإن زاد شيئاً لزمته هذه الزيادة والتحقت بالمسمى فى العقد ، وأخذت حكمه فى أغلب الأحوال ، فللزوجة أن تطالب الزوج بهذه الزيادة كما تطالبه بالأصل ، ويتأكد وجوبها مع أصل المهر بما يتأكد به وجوب المهر ، ولكنها لاتتنصف بالطلاق قبل الدخول كما يتنصف المسمى فى العقد ، وسيأتى بيان ذلك فى موضعه .

ويشترط للزوم هذه الزيادة شروط أربعة :

الأول — أن يكون الزوج من أهل التبرع بأن يكون بالغاً عاقلا رشيدا . لأن الزيادة على المهر المسمى فى العقد نوع من التبرع فلا تصح إلا إذا كان الزوج من أهل التبرع .

الثانى — أن تكون الزيادة معلومة ، فلو كانت مجهولة لم تصح ، ولا يلزم الزوج بشىء ، كما لو قال : زدتك فى مهرك ، ولم يعين شيئاً فإن هذه الزيادة لا تصح للجهالة .

الثالث — أن تكون الزيادة فى حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما ، كما لو زاد الزوج على المهر شيئاً فى أثناء العدة من الطلاق الرجعى ، لأن هذه الزيادة تلتحق بالمهر المسمى ، وتستند إلى العقد فيلزم أن يكون العقد باقياً ولو حكما حتى يمكن إلتحاقها بالمهر واستنادها إلى العقد .

الرابع - قبول الزوجة الزيارة فى المجلس الذى حصلت فيه ، أو قبول وليها إذا لم تكن الزوجة أهلا للقبول كالمجنونة ، لأن هذه الزيادة هبة وتمليك من الزوج لزوجته فلا بدلها من القبول فى مجلس الإيجاب ، إذ لا يدخل شىء فى ملك أحد جبراً عنه .

وكما يجوز للزوج إذا كان رشيداً أن يزيد فى المهر يجوز للولى على الصغير ومن فى حكمه إذا كان أباً أو جداً أن يزيد فى المهر وتلزمه هذه الزيادة إذا توافرت الشروط السابقة ، لأنهما لا يقدمان على هذا العمل ، مع وفور شفقتهما وشدة رعايتهما لمصلحة الصغير إلا إذا كانت هناك مصلحة تدعو إليه ، ولأن العرف جرى بالزيادة فى المهور بعد تقررها وبالإهداء للزوجة بعد العقد ، وكثيراً ما تقتضيها حاجات خاصة فتجوز كما تجوز الهدايا.

ولقائل أن يقول : إن الزيادة فى المهر المتفق عليه فى العقد كما يقرر فقهاء الحنفية نوع من التبرع ، والمنصوص عليه فى الفقه الحنفى أن الأب والجد وغيرهما لا يجوز لهم التبرع بشىء من مال الصغير ومن فى حكمه ، ومقتضى ذلك ألا تجوز الزيادة فى المهر من الولى ولو كان أباً أو جداً .

أما الحط من المهر فإنه يكون من الزوجة ، فللزوجة إذا كانت رشيدة بأن تكون بالغة عاقلة غير محجور عليها للسفه أو الغفلة أن تحط عن زوجها كل المهر أو بعضه بعد تمام العقد وتسميته ، لأن المهر بعد تمام العقد وصحة التسمية يصبح حقاً للزوجة تتصرف فيه كما تتصرف فى سائر أملاكها بالهبة وغيرها ، والحط من المهر عن الزوج تبرع له فيصح منها كما يصح التبرع به لغيره متى كانت أهلا للتبرع .

والحط من المهر عند الحنفية يكون بواحد من أمرين : أحدهما الإبراء ،

وثانيهما الهبة ، أما الإبراء فإنه يكون فى المهر إذا كان ديناً ثابتاً فى الذمة كالنقود وسائر المكيلات والموزونات غير المتعينة ، لأن الديون تتعلق بالذمة لعدم تعينها بالتعيين ، فالتنازل عنها يكون بالإبراء ، ولا يشترط لصحته القبول من الزوج ، بل الشرط ألا يرفض الزوج الإبراء ، فإذا قبل الزوج أو سكت عن القبول والرد صح الإبراء ، وإذا رفض بطل الإبراء ، لأن الإبراء يتم عند الحنفية بإرادة واحدة ، ولكنه يرتد بالرد ، لأن من الناس من لا يرضى بتحمل منة الإبراء من دين عليه .

وأما الهبة فإنها تكون فى المهر سواء أكان دينا أم كان عيناً من الأعيان التى تتعين بالتعيين ولا تثبت ديناً فى الذمة كالدار المعينة والحيوان المعين، لأن الأموال المعينة تتعلق الحقوق بذواتها ، وعلى من هى فى يده التسليم ، فإذا أريد تركها أو ترك بعض الحق فيها فإن ذلك يكون بهبتها لا بالإبراء منها . لأن الإبراء إسقاط ، والأشياء التى تتعين بالتعيين لا تقبل الإسقاط ، فإذا أرادت الزوجة أن تعفى زوجها من المهر كله أو بعضه فى هذه الحالة فعليها أن تهبه أو تهب بعضه للزوج ولا بد حينئذ من قبول الزوج فى المجلس ، ولا يكتفى بسكوته عن القبول والرد أما إذا أبرأته من المهر كله أو بعضه فلا يسقط شىء من المهر ، بل يصير أمانة عند الزوج تأخذه متى شاءت ، ويسقط عنه الضمان إذا هلك ، لأن الإبراء ليس من الألفاظ الصريحة فى تمليك الأعيان فيحمل على نفى الضمان(١) .

ويقول الأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج(٢) : إن التفرقة فى الإبراء من المهر قبل قبضه بين ما يتعين بالتعيين وما لا يتعين بالتعيين ليست إلا تمسكاً بالأوضاع

---

(١) حاشية ابن عابدين ﺣ ٢ ص ٣٤٧

(٢) أحكام الأحوال الشخصية ص ١٤٢

الأصطلاحية مع عدم التعويل على المقاصد والنيات فى التصرفات ، فإن الزوجة حينما تبرىء زوجها من المهر الواجب عليه كله أو بعضه لا تنظر إلى أن هذا المهر من النوع الذى يقبل أن ينصب عليه الإبراء والإسقاط أو ليس منه ، وإنما تقصد إعفاءه من الحق الذى لها عليه أو من بعضه فلماذا لايجعل ذلك منها تمليكا، ولو سبيل المجاز ويكون حكمه حكم التمليك الصريح ؟ .

وهو كلام وجيه وسديد لملاءمته لقواعد الحنفية الذين يجعلون العبرة فى العقود والتصرفات للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى ، ولا يتقيدون فى صيغ العقود والتصرفات بألفاظ مخصومة كما يتقيد غيرهم .

هذا ، ولا يجوز لولى الصغيرة ومن فى حكمها ولو كان أباً أو جداً أن يحط شيئاً من مهرها ، لأن المهر المسمى فى العقد يصير بعده ملكا خالصاً للزوجة ، فلا يملك الولى أياً كان أن يسقط شيئاً منه ، لأن ذلك نوع من التبرع ولا يملك أحد التبرع من مال الصغير ومن حكمه ، ولأن العادة لم تجر بإنقاص مهور الزوجات بعد تقررها ، إذ به تعير الزوجة وأسرتها ، وفيه ضرر ظاهر بالصغيرة فلا يكون ثمة مبرر للحط من المهر فلا يجوز من الولى ، ولا ينفذ على الصغيرة ومن فى حكمها .

ومما ينبغى أن يلاحظ هنا أن كلامن الزيادة فى المهر والحط منه إذا حصلت فى مرض الموت كانت وصية فتطبق عليها أحكام الوصية القائمة فينفذ منها ما يقضى القانون بنفاذه ، وقانون الوصية فى الجمهورية العربية المتحدة يقضى بنفاذ الوصية ما دامت لا تزيد على ثلث التركة ، وإن كانت لوارث من غير توقف على إجازة الورثة .

متى يجب المهر كله للزوجة :

عرفت مما تقدم أن الزواج إذا كان صحيحاً فإن المهر يجب بنفس العقد وأن لمهر تارة يكون هو المسمى إن كانت تسميته صحيحة ، وتارة يكون مهر المثل إن لم تكن هناك تسمية أصلا ، أو كان هناك اتفاق على نفى المهر ، أو كانت التسمية فاسدة، وأن العقد إذا كان فاسداً لا يجب فيه المهر بمجرد العقد وإنما يجب بالدخول الحقيقى غير أن المهر الواجب بالدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد يجب وجوباً مؤكداً غير معرض لأن يسقط كله أو نصفه بأية فرقة كانت سواء أكان هذا الواجب هو مهر المثل عند عدم التسمية الصحيحة ، أو الأقل من المسمى ومهر المثل عند وجود التسمية الصحيحة كما هو رأى جمهور الحنفية وذلك لأن الزوج بدخوله الحقيقى بالزوجة قد استوفى المتعة بها فيتقرر عليه مهرها ، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ومثل الزواج الفاسد فى ذلك الدخول بالمرأة بناء على الشبهة كأن يتزوج امرأة ولم يرها ، وزفت إليه امرأة أخرى ، وقيل له إنها زوجته فدخل عليها بناء على هذا القول ثم تبين أنها ليست زوجته فإنه يجب لها مهر المثل بهذا الدخول وجوباً مؤكداً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

أما المهر الواجب بنفس العقد فى الزواج الصحيح فهو واجب وجوباً غير مستقر لأنه عرضة لأن يسقط كله أو نصفه حتى يوجد ما يؤكده ، فإذا وجد المؤكد أصبح غير قابل للسقوط فى كله أو بعضه بأى حادث يعرض، حتى ولو كانت الفرقة من جهة الزوجة ، لأن البدل بعد تأكده لا يحتمل السقوط إلا بالأداء أو الإبراء كالثمن إذا تأكد بقبض المبيع ، ويتأكد المهر الواجب بالعقد الصحيح بواحد من أمور ثلاثة :

الأمر الأول : الدخول بالزوجة دخولا حقيقياً ، لأن النصوص الشرعية

التي بينت الأمور المسقطة للمهر دلت على أن المسقط إنما يعمل عمله إذا وجد قبل الدخول ، ولأن الزوج قد استوفى حقه بالدخول فيتقرر حق الزوجة فى المهر كاملا سواء أكان مسمى فى العقد أو فرض بعده بالتراضى أو بقضاء القاضى ولا يسقط شىء منه بعد ذلك إلا بالإبراء من صاحب الحق .

الأمر الثانى : الخلوة الصحيحة وهى أن يجتمع الزوجان وحدهما بعد العقد الصحيح فى مكان يأمنان فيه من دخول أحد عليهما أو اطلاعه على سرهما ، ولم يكن هناك مانع يمنع الزوج من التمتع الكامل بزوجته فإذا توافرت هذه الشروط تحققت الخلوة الصحيحة وتأكد وجوب المهر كله للزوجة ولو لم يحصل فى الاجتماع دخول حقيقى ، فلو طلق الزوج زوجته وجب لها المسمى كاملا إن كانت هناك تسمية صحيحة ، فإن لم تكن تسمية وجب لها مهر المثل كاملا ، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط بأن كان الزواج فاسداً أو اختلى الزوجان فى مكان ولم يأمنا دخول أحد عليهما أو إطلاعه على سرهما أو كان بهما أو بأحدهما مانع يمنع مع المخالطة كأن تكون الزوجة مريضة مرضا يحول دون التمتع الكامل بها ، أو بها عيب خلقى لا يمكن معه المخالطة أو يكون الزوج مريضاأو يكون أحدهما صائماً فى رمضان وما أشبه ذلك(١) فإن الخلوة لا تكون صحيحة ولا يتأكد بها المهر .

وتأكد المهر كله بالخلوة الصحيحة هو مذهب الحنفية والحنابلة (٢) ودليلهم على ذلك :

أولا : قول الله تعالى « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن

(١) راجع شرح الدار المختار مع حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٤٧
(٢) فتح القدير جـ٢ ص ٤٤٦ ، المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٦٣

قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا »[1] فإنه سبحانه أوجب المهر كاملا بعد إفضاء الزوجين بعضهما إلى بعض ، ونهى عن أخذ شيء منه ، والإفضاء هو الاختلاء بالزوجة ، لأنه مأخوذ من الفضاء ، وهو الخلاء فكأنه قال : وقد خلا بعضكم إلى بعض ، وقد حكى عن الفراء أنه قال : الإفضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل .

ثانياً : ما رواه الدارقطني عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » وهو ظاهر الدلالة على المطلوب .

ثالثاً : إن الزوجة بتمكينها الزوج من الاختلاء بها ، مع عدم المانع من المخالطة الجنسية قد فعلت ما في مقدورها فإن كان الزوج لم يستوف حقه فلا يمنع ذلك من تقدير حقها في المهر كاملا ، لأن تقصير الزوج في استيفاء حقه لا تؤاخذ هي به كما في البيع والإجارة ، فإن الموجب للبدل فيهما هو تسليم المبدل وذلك برفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم إليه وهو المشترى والمستأجر ، وإن لم يستوف واحد منهما المنفعة أصلا .

وقال الشافعية[2] : إن الخلوة الصحيحة لا تؤكد المهر كله للزوجة ، فلو خلا الزوج بزوجته خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها وجب نصف المهر المسمى فإن لم يكن المهر مسمى وجبت لها المتعة . وقد احتجوا على ذلك بقول الله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف

(١) آيتا : ٢٠ ، ٢١ من سورة النساء .

(٢) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٣٥

ما فرضتم »(١) فإن الله تعالى أوجب للزوجة فى حالة الطلاق قبل المس نصف المهر ، والمس كناية عن المخالطة ، وفسروا الإفضاء الوارد فى قول الله تعالى « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض » بالمخالطة لا بالخلوة كما فسرها به الحنفية ومن وافقهم .

والراجح ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة لقوة الأدلة التى اعتمدوا عليها والتى سبق بيانها ، وقد روى الإمام أحمد عن زارارة بن أبى أوفى أنه قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة »(٢) وحكى الحطاوى من أئمة الحنفية أن على هذا إجماع الصحابة من الخلفاء الراشدين وغيرهم (٣) .

وبرأى الحنفية أخذت لجنة الأحوال الشخصية ، فنصت فى الفقرة « أ » من المادة (٤٩) على ما يأتى « يتأكد حق الزوجة فى جميع المهر بالخلوة الصحيحة » .

الأحكام التى تتفق فيها الخلوة مع الدخول :

تتفق الخلوة الصحيحة مع الدخول الحقيقى بالزوجة عند الحنفية فى الأحكام الآتية :

١ — تأكد كل المهر ووجوبه بتمامه للزوجة كما قدمنا .

٢ — ثبوت نسب الولد من الزوج ، فإذا اختلى الزوج بزوجته خلوة

---

(١) آيه : ٢٣٧ من سورة البقرة .

(٢) المغنى لابن قدامه جـ ٨ صـ ٦٢ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٢ صـ ١٩٢ ؛ فتح القدير جـ ٢ صـ ٤٤٦ .

صحيحة ثم جاءت بولد ثبت نسبه منه كما لو أتت به بعد الدخول الحقيقى (١).

٣ — وجوب العدة على الزوجة بعد الفرقة ، فلو تزوج رجل امرأة زواجاً صحيحاً واختلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها وجبت عليها العدة ، كما لو طلقها بعد الدخول الحقيقى .

غير أن بعض مشايخ الحنفية فرق بين وجوب العدة على الزوجه فى حالة الدخول الحقيقى وبين وجوبها عليها فى حالة الخلوة ، فقال : إن العدة فى حالة الدخول تجب قضاء وديانة لأنها حق الشرع وحق الولد الذى قد تحمل به من ذلك الدخول ، أما فى حالة الخلوة فإن العدة تجب عليها قضاء لاديانة ، فلو طلقت بعد الخلوة وكانت متيقنة أن الزوج لم يخالطها وقت الخلوة بها جاز لها ديانة أن تتزوج من غير أن تعتد من ذلك الطلاق ، لكن لو رفع الأمر إلى القاضى لزمه أن يحكم بوجوب العدة عليها (٢) .

٤ — وجوب النفقة والكسوة والسكنى فى العدة على الزوج .

٥ — حرمة الزواج بامرأة أخرى محرم لها مادامت فى العدة ، فإذا تزوج

---

(١) هذا على ماصور به فقهاء الحنفية هذه المسألة ، وعلى هذا لايكون ثبوت النسب حكما من أحكام الدخول وقد اتفقت الخلوة معه فى هذا الحكم ، وإنما هو حكم من أحكام العقد الصحيح كما هو مقرر عند الحنفية ، ويمكن أن تصور هذه المسألة على وجه آخر وهو أن الزوج إذا طلق زوجته قبل الخلوة وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق ثبت نسبة من الزوج وإن ولدته لستة أشهر أو أكثر لم يثبت نسبه منه . ولو طلقها بعد الخلوة وأتت به لستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق ثبت نسب الولد من الزوج كما لو كان الطلاق بعد الدخول ، وعلى هذا يكون ثبوت النسب حكما من أحكام الخلوة وقد اتفقت فيه مع الدخول الحقيقى (ابن عابدين جـ٢ صـ٣٥٠)

(٢) فتح القدير جـ٣ صـ٤٤٧ ، حاشية ابن عابدين جـ٢ صـ٣٥٣

رجل امرأة واختلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها فلا يجوز له مادامت فى العدة أن يتزوج بأختها أو بعمتها كما إذا كانت فى العدة من الدخول الحقيقى .

٦ — وقوع الطلاق البائن فى العدة ، فإذا طلق الرجل زوجته بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول وقع الطلاق بائناً ، لإنه طلاق قبل الدخول ، فلو أوقع عليها فى العدة طلاقا بائناً ، فإنه يقع ويلحق الطلاق الأول (١) .

هذه هى الأحكام التى تتفق فيها الخلوة الصحيحة مع الدخول كما ذكرها فقهاء الحنفية ، وبالتأمل فى هذه الأحكام نجد أنها ليست كلها من أحكام الخلوة الصحيحة وأنها أشبهت الدخول الحقيقى فيها بل نجد بعضها من أحكام الخلوة الصحيحة كما أنه من أحكام الدخول الحقيقى ،وهما تأكد وجوب كل المهر للزوجة ووجوب العدة عليها،وبعضها من أحكام العدة وليس من أحكام الخلوة الصحيحة وهو وجوب النفقة والكسوة والسكنى وتحريم الزواج بالمحرم ووقوع الطلاق البائن فى أثناء العدة ، وبعضها من أحكام العقد الصحيح وليس من أحكام الخلوة أو الدخول وهو ثبوت النسب ، فإنه ـ عند الحنفية ـ يترتب على العقد الصحيح سواء حصل دخول بالزوجة أو لم يحصل وسواء حصلت خلوة بها أو لم تحصل ، كما سيأتى بيانه فى مبحث ثبوت النسب ،ولذلك قال بعض العلماء : إن الخلوة الصحيحة تقوم مقام الدخول الحقيقى وتتفق معه فى حكمين فقط وهما : تأكد وجوب كل المهر ، ووجوب العدة ، وهذا هو التحقيق .

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٢٥٠ .

الأحكام التي تختلف فيها الخلوة عن الدخول :

وتختلف الخلوة الصحيحة عن الدخول فى الأمور الآتية .

١ — تحريم بنات الزوجة ، فإن دخول الزوج بزوجته دخولا حقيقياً يحرم عليه بنات الزوجة تحريماً مؤبداً ، أما الخلوة الصحيحة بالزوجة فإنها لا تكفى فى ثبوت هذا التحريم ، فلو تزوج رجل امرأة زواجا صحيحاً ودخل بها دخولا حقيقياً حرم عليه الزواج بإحدى بناتها حرمة مؤبدة ، أما لو اختلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها فلا يحرم عليه الزواج بإحدى بناتها .

٢ — إحلال المطلقة ثلاثاً للزوج الأول ، فإذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً فإنها لا تحل له إلا إذا تزوجت برجل آخر ، فإن تزوجت برجل آخر زواجا صحيحاً ودخل بها دخولا حقيقيا حلت لزوجها الأول ، أما لو اختلى بها خلوة صحيحة فقط ثم فارقها فإنها لا تحل لزوجها الأول .

٣ — إمكان المراجعة بعد الطلاق ، فإذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول الحقيقى كان الطلاق رجعيا إن لم يكن مكملا للثلاث ولم يكن فى مقابلة مال ، ومن ثم يكون له الحق فى مراجعة الزوجة ، أما لو اختلى الزوج بزوجته خلوة صحيحة ولم يدخل بها ثم طلقها كان الطلاق بائناً وليس له الحق فى مراجعة الزوجة .

٤ — الرجعة ، فلو طلق رجل زوجته طلاقاً رجعيا واختلى بها فى العدة خلوة صحيحة لم تكن هذه الخلوة رجعة لكن لو خالطها اعتبرت هذه المخالطة رجعة عند الحنفية .

٥ — الميراث ، فإذا طلق رجل زوجته فى مرضه الذى مات فيه بعد الخلوة الصحيحة ثم مات وهى فى العدة لا ترث منه بخلاف ما لو كان قد دخل بها ثم طلقها وهو مريض مرض الموت ثم مات وهى فى العدة فإنها ترث منه ولو كان

الطلاق بائناً ، لأن ثبوت العدة بعد الخلوة للاحتياط ، والميراث حق مالى لا يثبت إلا إذا وجد سببه بيقين ولا يثبت للاحتياط .

الاتفاق على الخلوة والاختلاف فيها :

وإذا طلق الرجل زوجته واتفقا على أن الطلاق حصل بعد الخلوة الصحيحة ثبتت الخلوة وترتبت عليها الأحكام التى بيناها ، وإن اختلفا فى ذلك فقالت الزوجة . إن الطلاق حصل بعد الخلوة الصحيحة وأنها تستحق كل المهر وقال الزوج . إنه حصل قبل الخلوة وأنها لا تستحق إلا نصف المهر كان على الزوجة أن تأتى بالبينة على ماتدعيه لأن الزوج متمسك بالأصل وهو عدم الخلوة ، وهى تدعى خلافه ، وعلى من يدعى خلاف الأصل أن يثبته فإن لم تكن لها بينة فهل يكون القول قول الزوج مع يمينه أو يكون القول قول الزوجة مع يمينها ؟

تذكر كتب الفقه الحنفى فى هذه المسألة قولين : (أحدهما) أن القول للزوج مع يمينه فاذا حلف أنه طلقها قبل أن يختلى بها خلوة صحيحة لم تستحق الزوجة كل المهر وإنما تستحق نصف المهر المسمى إن كانت هناك تسمية صحيحة والمتعة إن لم تكن هناك تسمية أصلا أو كان هناك تسمية فاسدة .

(وثانيهما) أن القول قول الزوجة مع يمينها ، فإذا حلفت أنه اختلى بها قبل الفرقة خلوة صحيحة استحقت كل المهر ، واستظهر العلامة ابن عابدين هذا القول ووجه ذلك : بأن المهر كله يجب بنفس العقد فى الزواج الصحيح وكل من الدخول والخلوة الصحيحة مؤكد له ، والطلاق قبل ذلك منصف له ، فسبب وجوب كل المهر وهو العقد متحقق ، والمنصف له وهو الطلاق قبل

الدخول والخلوة عارض ، والزوجة تنكر هذا العارض ، وتتمسك بالسبب الموجب للكل ، والقول قول المنكر مع يمينه .

وفى رأينا أن القول الأول هو الراجح ، لأن الخلاف بين الزوج وزوجته ينحصر فى وجود المؤكد لكل المهر وعدم وجوده ، فالزوجة بادعائها الخلوة الصحيحة تدعى وجوده ، والزوج ينكر ذلك ، ولما كان الأصل عدم المؤكد فإن الزوج يكون متمسكا بالأصل ، والزوجة متمسكة بالعارض ، والقول قول من يشهد له الأصل مع يمينه ، وعلى من يدعى خلافه أن يثبته بالبينة ، وحيث إن الزوجة لم تأت بالبينة على ما تدعيه فيكون القول فى ذلك قول الزوج مع يمينه .

الأمر الثالث من الأمور التى يتأكد المهر بها : موت أحد الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة ، فإذا تزوج رجل امرأة ولم يدخل بها ولم يختل بها خلوة صحيحة ومات أحدهما استحقت الزوجة كل المهر ، لأنه كان واجباً بنفس العقد والعقد لا ينفسخ بالموت ، وإنما ينتهى به ، لانتهاء أمده وهو العمر ، والشىء بانتهائه تقرر جميع أحكامه التى يمكن تقريرها والمهر من الأحكام التى يمكن تقريرها فيتأكد كله بالموت ، ولأن كل المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً على الزوج والموت ليس مسقطا للديون فى أصل الشرع فلا يسقط به شىء من المهر كسائر الديون .

فإذا كان الذى مات هو الزوج أخذت الزوجة مهرها أو ما بقى منه من تركته قبل قسمتها بين الورثة ، لأنه دين وسداد الديون مقدم على حق الورثة وإذا كانت الزوجة هى التى ماتت أخذ ورثتها مهرها أو مابقى منه من زوجها بعد خصم نصيبه منه لأنه من ورثتها .

وتأكد المهر جميعه بموت أحد الزوجين لا خلاف فيه بين الفقهاء إذا كان موت أحدهما موتاً طبيعياً أو كان بقتل أجنبي وكذلك لو قتل الزوج نفسه أو قتل زوجته ، أما إذا قتلت الزوجة نفسها عمداً فإنها تستحق كل المهر عند الجمهور من الفقهاء ، ولا تستحق شيئاً من المهر عند زفر من الحنفية ، وحجته فى ذلك : أن قتل الزوجة نفسها جناية ، وقد فوتت بهذه الجناية حق الزوج عليها فيسقط حقها فى المهر ما لم يكن قد تأكد بالدخول أو الخلوة من قبل ذلك ،ولأن قتل الزوجة نفسها يشبه ارتدادها عن الإسلام ، وهى إذا ارتدت بعد العقد وقبل الدخول والخلوة يسقط حقها فى المهر فكذلك إذا قتلت نفسها .

وحجة الجمهور فى ذلك : أن فوات حق الزوج إنما يكون بموت الزوجة فعلا ، وعند زهوق روحها يتعلق حق ورثتها بالمهر فلا يحتمل السقوط بفعلها إذ الإنسان لا يملك إسقاط حق غيره ، وقياس هذه الحالة على حالة الردة غير صحيح لأن المهر فى حالة الردة لا يتعلق به حق لغير الزوجة فيجوز أن يسقط بعمل من جهتها ، أما فى حالة القتل فإنه يتعلق به حق الورثة فلا يسقط بأى عمل من جهتها .

ولو قتلت الزوجة زوجها عمداً قبل الدخول والخلوة سقط مهرها عند الشافعية والمالكية وزفر من الحنفية ، لأن قتل زوجها جناية ، ولم يعهد أن الجنايات تؤكد الحقوق ، ولأنها بهذه الجناية قد أنهت الزواج بمعصية ، وإنهاء الزواج بمعصية من الزوجة يسقط المهر كله متى كان قبل الدخول كالردة ونحوها .

وقال الحنابلة وجمهور الحنفية : إن حقها فى المهر لا يسقط بل يتأكد بذلك كل المهر ، ولعل وجهتهم فى ذلك : أن قتل الزوجة لزوجها — وإن كان جناية منها على زوجها — لكن لهذه الجناية عقوبة مقررة فى الشريعة ، وليس منها إسقاط

مهرها الواجب لها على الزوج بمقتضى عقد الزواج ، فلو حكمنا بسقوطه بهذا القتل لكان فى ذلك زيادة على العقوبة المقررة للقتل شرعاً ، وهو لا يجوز ، وعلى هذا الرأى يجرى العمل فى المحاكم إلى الآن ، ولا يخفى رجحان القول الأول لوجاهته وسلامة حجته ، فينبغى عدم العدول عنه والعمل على وفقه .

متى يجب نصف المهر :

ويجب نصف المهر للزوجة إذا حصلت الفرقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة وكانت بسبب من جهة الزوج ، سواء أكانت هذه الفرقة طلاقا أم فسخاً . كالفرقة بلفظ الطلاق ، أو بسبب الإيلاء أو اللعان ، وكالفرقة بسبب ردة الزوج عن الإسلام ، أو إباء الزوج غير المسلم عن الدخول فى الإسلام بعد أن أسلمت زوجته .

ولكن يستثنى من ذلك الفرقة بسبب خيار البلوغ ، وذلك بأن يزوج غير الأب والجد الصغير فإن له عند البلوغ الخيار بين فسخ الزواج وإبقائه ، فإذا اختار الفسخ وحكم القاضى بالفرقة بين الزوجين لم يجب للزوجة شىء من المهر متى كان ذلك قبل الدخول والخلوة ، والسر فى ذلك : أن الشارع لما أثبت للزوج الخيار فى فسخ الزواج فلا بد أن يكون لهذا الخيار فائدة ، ولا تظهر هذه الفائدة إلا فى سقوط المهر عنه إذا اختار الفرقة ، لأنه لو وجب عليه نصف المهر كما يجب فى غيرها من الفرق التى تكون بسبب من جهة الزوج لما كانت هناك فائدة من إثبات الخيار له ، فإن له أن يطلق ، وهو لو طلق قبل الدخول والخلوة لما وجب عليه سوى نصف المهر .

وقد اتفق الفقهاء على وجوب نصف المهر للزوجة إذا كان المهر مسمى حين العقد ، وكانت التسمية صحيحة ، وذلك لقول الله تعالى « وإن طلقتموهن من

قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم »[١] فإنه تعالى أوجب للزوجة نصف المهر إذا كان المهر مفروضاً ، أى مقدراً تقديراً صحيحاً فلو خلا العقد من تقدير المهر وتسميته أصلا أو اتفق الزوجان على الزواج بدون مهر ، أو كانت تسمية المهر غير صحيحة ، وحصلت الفرقة قبل فرض المهر بتراضى الزوجين أو بحكم القاضى وكانت هذه الفرقة قبل الدخول والخلوة فلا يجب للزوجة نصف المهر ، وإنما تجب لها المتعة ، لأن الواجب فى هذه الحالات إذا حصل الطلاق بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة مهر المثل ، والنص لم يرد بتنصيف مهر المثل وإنما ورد بتنصيف المسمى .

ثم اختلفوا فى مسألتين : « الأولى » إذا لم يذكر المهر حين العقد ، ولكنه فرض بعده بتراضى الزوجين أو بحكم القاضى فهل يكون لهذا المفروض حكم المهر المسمى حين العقد ، حتى لو حصلت الفرقة قبل الدخول والخلوة استحقت الزوجة نصفه كما تستحق نصف المهر المسمى فى العقد ، أو لا يكون له هذا الحكم؟

فقال الحنفية[٢] : إن المفروض بعد العقد لا يأخذ حكم المهر المسمى فى العقد، فلو حصلت الفرقة قبل الدخول والخلوة لا يجب للزوجة نصف هذا المفروض ، وإنما تجب لها المتعة .

وقال الجمهور [٣] : إن المفروض بعد العقد يكون له حكم المهر المسمى فى

---

(١) آية : ٢٢٧ من سورة البقرة

(٢) بدائع الصنائع جـ ٢ صـ ، ٣٠٣ ، الهداية شرح البداية مع فتح القدير جـ ٢ صـ ٤٤٢ ، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين جـ ٢ صـ ٣٤٥ .

(٣) نهاية المحتاج جـ ٦ صـ ٣٤٤ . الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ ٢ صـ ٣١٤ ،المغنى لابن قدامة جـ ٨ صـ ٤٨.

العقد ، فلو حصلت الفرقة قبل الدخول والخلوة كان للزوجة نصف هذا المفروض ولا تجب لها المتعة .

« المسألة الثانية » إذا كان المهر مسمى فى العقد ثم زاد الزوج بعد العقد على المهر المسمى شيئاً معلوما وحصلت الفرقة قبل الدخول والخلوة فهل تتنصف هذه الزيادة أم أن هذه الزيادة تسقط ولا تستحق الزوجة إلا نصف المهر المسمى فى العقد فقط ؟

فقال الحنفية (٣) . إن الزيادة تسقط عن الزوج ولا تتنصف ، وقال الجمهور (٤) . إنها لا تسقط عن الزوج وتتنصف كما يتنصف المهر المسمى فى العقد .

ومنشأ الاختلاف بين الفقهاء فى هاتين المسألتين اختلافهم فى المراد من المفروض الذى يتنصف الوارد فى الآية الكريمة « فنصف مافرضتم » أهو المفروض وقت العقد لاغير أو المفروض مطلقاً سواء أكان وقت العقد أم بعده ، فرأى الجمهور : أن المراد منه المفروض مطلقاً ، لأن الفرض معناه التقدير ، وهو يشمل كل ماقدر سواء أكان مقدراً وقت العقد أم بعده .

ورأى الحنفية : أن المراد منه المفروض وقت العقد لاغير ، لأن المتعارف بين الناس إطلاق المفروض على مايكون مسمى وقت العقد أو متفقاً عليه قبل العقد ، فيحمل المفروض فى الآية على المتعارف فقط عملا بالعرف ، وإن كان فى اللغة يتناول المفروض وقت العقد أو بعده .

وفى رأينا أن ماذهب إليه الجمهور هو الراجح ، لأن الفرض الوارد فى النص يشمل الفرض المقترن بالعقد والفرض الحاصل بعد العقد ، وتقييده بالفرض المقترن

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٩٨ . والهداية شرح البداية مع فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٣ الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٤٥ .

(٢) الشرح الكبير ج ٦ ص ٣١٩ ، والمغنى ج ٨ ص ٨٨ .

بالعقد عرفاً غير صحيح لأن كليهما يسمى مفروضاً فى العرف فلا وجه للتفرقة بين الفرضين .

أما لجنة الأحوال الشخصية فقد أخذت برأى الحنفية فى كل من هاتين المسألتين، فنصت فى الفقرة « ح » من المادة (٤٦) على أنه « تسقط الزيادة ولا تتنصف فى الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة» .

ونصت فى الفقرة « ا » من المادة (٥٠) على أنه « يجب للزوجة بالطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة نصف مهرها المسمى فى العقد» فكلمة المسمى فى العقد تفيد أنه لايجب لها النصف إذا كان المهر مسمى بعد العقد وإنما تجب لها المتعة .

المتعة ومتى تجب ومتى تستحب :

المراد بالمتعة هنا مايعطيه الزوج لزوجته بعد حصول الفرقة بينهما من الثياب أو مايقوم مقامها وذلك تطييباً لنفس الزوجة وتعويضاً لها عن إيحاشها بالفرقة التى حدثت بينها وبين زوجها .

وتجب المتعة للزوجة ـ عند الحنفية ـ إذا حصلت الفرقة بسبب من جهة الزوج ، وكانت قبل الدخول والخلوة ، وخلا عقد الزواج من تسمية المهر تسمية صحيحة سواء سمى بعد العقد أم لا ، فإن أعطاها المطلق للمرأة كان بها وإن لم يعطها ورفعت الأمر إلى القاضى قضى عليه بها .

والدليل على وجوب المتعة فى هذه الحالة قول الله تعالى « لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقاً على المحسنين » [١] فقد ورد فيه الأمر بإعطاء

---

(١) آية : ٢٣٦ من سورة البقرة :

المتعة للمطلقات قبل الدخول وقبل تقدير المهر ، والأمر يدل على وجوب المأمور به ، وقد تأكد هذا الأمر بكلمة « حقا على المحسنين » إذ ليس فى ألفاظ الإيجاب آكد من قولنا : حق عليه كذا .أى وجب عليه وجوباً مؤكداً ، ولأن المتعة بدل عن الواجب وهو نصف المهر وبدل الواجب واجب لأنه يقوم مقامه ، كالتيمم إذا كان بدلا عن الوضوء الواجب فإنه يكون واجباً مثله .

والحكمة فى إيجاب المتعة للزوجة أن الزوج إذا فارق زوجته بدون سبب من جهتها ترتب على ذلك إيلام الزوجة وإيحاشها فكان لابد من إيجاب شىء لها على الزوج كتعويض لها عن هذه الفرقة ، وليس فى العقد مهر مسمى حتى يكون وجوب نصفه تعويضاً لها ، فأوجب الشارع لها المتعة تطييباً لنفسها وتخفيفاً للألم عنها .

وتستحب المتعة ـ عندهم ـ إذا كانت الفرقة بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة سواء أكان المهر مسمى فى العقد أم لا ، لأن ذلك من التسريح بإحسان المأمور به فى قول الله تعالى « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » .

وكذلك لو كانت الفرقة قبل الدخول والخلوة ، وكان المهر مسمى فى العقد على ماجاء فى أشهر كتب المذهب ، وهناك رأى آخر أن المتعة لا تستحب المطلقة فى هذه الحالة وإنما يجب لها نصف المهر فقط (١)

وذهب فريق من الفقهاء إلى وجوب المتعة للمطلقة فى جميع الحالات ، ومنهم من استثنى من ذلك المطلقة قبل الدخول التى قد سمى لها مهر ، فلم يوجبوا لها المتعة ، اكتفاء بوجوب نصف المهر المسمى ، وبهذا أخذت لجنة الأحوال الشخصية ،

---

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٣ صـ ٣٤٥

فأوجبت المتعة للزوجة المدخول بها إذا طلقها زوجها بدون رضاها ، أو إساءه من جهتها ،وقدرت هذه المتعة بمالايزيد عن نفقة سنة حسب حال الزوج ، وأجازت دفعها على أقساط شهرية عقب انتهاء العدة إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك فى المقدار أو كيفية الدفع (مادة ١٧٣) من مشروع القانون .

وهو اتجاه حسن ، لأن إيجاب المتعة على هذا الوجه يعوض المرأة عما يلحقها من الضرر بسبب الطلاق فلا تكون هناك حاجة إلى تقرير تعويض آخر زيادة على ما أوجبه الشرع وألزم المطلق به ، كما يقترح البعض ، متأثراً فى ذلك بالتشريعات الأجنبية.

مقدار المتعة الواجبة : والمتعة الواجبة هى كسوة كاملة مماتلبسه المرأة عند الخروج من المنزل حسب المتعارف فى بلدها ، ولها حد أدنى لايصح الإخلال به ، وهو قميص يستر بدنها كله وخمار تغطى به المرأة رأسها ، وإزار تشتمل به المراة حين تريد الخروج ، ويسمى «ملاءة» لأن أدنى ما تكتسى به المرأة وتستتر به حين تريد الخروج ثلاثة أبواب ، وليس هناك حد لأكثرها إذا أعطى الزوج ذلك باختياره ورضاه ، ولا يجب عليه مايزيد عن نصف مهر المثل ، لأن المتعةفى الطلاق قبل الدخول إذا لم تكن هناك تسمية صحيحة للمهر تعتبر بدلا عن نصف مهر المثل فلا يجوز أن تزيد عليه .

ويقوم مقام الكسوة قيمتها من نقود وغيرها ، فإذا أراد المطلق أن يدفع بدل الكسوة قيمتها نقوداً كان له ذلك وأجبرت المرأة على القبول .

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فيمن يراعى حاله عند تقدير المتعة فقال بعضهم : يراعى حال الزوج فقط ، فإن كان غنياً وجب عليه متعة الأغنياء ،

وإن كان فقيراً وجب عليه متعة الفقراء ، وذلك لقول الله تعالى « ومتعوهن على الموسع قدره على المقتر قدره[١] متاعا بالمعروف » فإنه صريح فى أن تقدير المتعة إنما يكون على حسب حال الزوج من اليسر والعسر ، ولأن الزوج هو الذى سيكلف بالمتعة ، فإذا كان فقيراً والزوجة غنية ، وألزمناه أن يكسوها بما يليق بمثلها فقد كلفناه ما ليس فى وسعه و « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

وقال بعضهم : يراعى حال الزوجة فقط ، لأن المتعة قائمة مقام مهر المثل ومهر المثل يراعى فى تقديره حال الزوجة ، فكذلك ما قام مقامه .

وقال بعضهم: يراعى حال الزوجين معاً، فإن كانا موسرين قدر لها أعلى أنواع الثياب ، وإن كانا فقيرين قدر لها أقل الأنواع ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً قدر لها الوسط من الثياب ، لأن المتعة لو قدرت بحال الزوج فقط لزم من ذلك التسوية بين الغنية والفقيرة ، وهو غير معروف بين الناس ، بل هو منكر عندهم ، ولو اعتبرت بحال الزوجة فقط لكان فى ذلك ضرر بالزوج إذا كان فقيراً والزوجة غنية ، والله تعالى قد علق الحكم فى تقدير المتعة بأمرين :

أحدهما : حال الرجل من اليسر والعسر ، فقال سبحانه « على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره » .

الثانى : أن يكون مع ذلك بالمعروف فقال جل شأنه « متاعا بالمعروف » فوجب ملاحظة هذين الأمرين عند تقدير المتعة[٢] .

---

(١) أى على الغنى بقدر حاله وعلى الفقير المقل بقدر حاله .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٢ وأحكام القرآن لأبى بكر الرازى المشهور بالجصاص ج ١ ص ٥١٣ .

والراجح فى نظرنا هو القول الأول وهو الذى يراعى حال الزوج فقط فى تقدير المتعة بشرط ألا تزيد على نصف مهر المثل ، لأنها قائمة مقامه ، ولا تنقص عن خمسة دراهم لأنها أقل المهر الواجب شرعا كما هو رأى الحنيفة .

متى يسقط كل المهر :

يسقط المهر كله عن الزوج بواحد من الأمور الآتية :

١ — إذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة ، وكان سبب الفرقة من جهة الزوجة كما إذا ارتدت عن الإسلام أوأبت الإسلام إذا أسلم زوجها ولم تكن كتابية أو اختارت فسخ الزواج عند البلوغ أو الإفاقة من الجنون أو العته فى الحال التى يكون لها فيها حق الفسخ،لأنها بإقدامها على سبب الفرقةمع علمها بأنه لا يوجد ما يؤكد المهر لها تعتبر كأنها متنازلة عنه ، ولا سيما إذا كان سبب الفرقةمعصية كردتها أو إبائها الإسلام ، لأن المعصية لا توجب حقاً .

وكذلك إذا كان سبب الفرقة من جهة ولى الزوجة ، كما إذا فسخ الزواج لعدم كفاءة الزوج أو لنقصان مهر الزوجه عن مهر مثلها بناء على طلب الولى فإن الزوجة لا تستحق شيئاً من المهر ، لأن هذه الفرقة تعتبر فرقة من جهة الزوجة لأن وليها من قبلها .

٢ — إذا كانت الفرقة من جية الزوج قبل الدخول والخلوة وكانت فسخا بإتفاق الفقهاء كما إذا اختار الصغيرأو المجنون أو المعتوه نفسه عند البلوغ أو الإفاقة من الجنون أو العته وفسخ القاضى العقد بناء على ذلك ، لأن الفسخ حينئذ نقض للعقد من أصله، والعقد إذا انتقض جعل كأنه لم يكن ، ولأنه لو وجب على الزوج شىء من المهر فى هذه الحالة لما كان هناك فائدة من إثبات الخيار له فى فسخ العقد ، لأن

له أن يطلق فى أى حال ، وإنما تظهر ثمرة الخيار فى عدم وجوب شىء من المهر عليه إذا اختار فسخ الزواج كما قدمنا .

٣ — أن تبرىء الزوجة زوجها من المهر كله قبل الدخول أو بعده ، إذا كانت الزوجة من أهل التبرع وكان المهر دينا فى الذمة ، وهو النقود وجميع المكيلات والموزونات إذا لم تكن معينة مقصودة لذاتها .

٤ — أن تهب الزوجة المهر كله للزوج متى كانت من أهل التبرع ، وقبل الزوج الهبة فى المجلس ، وسقوط المهر بالهبة يتحقق قبل القبض وبعده ، سواء كان المهر دينا أم عينا مما يتعين بالتعيين أولا ، وهذا بخلاف الإبراء فإنه لا يسقط به المهر إلا إذا كان دينا على ما قدمنا .

اقتران المهر بالشرط :

عقد الزواج قد يقترن ببعض الشروط التى يشترطها أحد العاقدين ويقبلها الطرف الآخر ، فإذا اقترن العقد بشرط من هذه الشروط فإن كان الشرط مرتبطا بنفس العقد وليس متعلقا بالمهر فهذا قد سبق الكلام فيه ، وإن كان الشرط متعلقا بالمهر وهو ما يجعل تحققه فى مقابلة جزء من المهر فهذا ما نبين حكمه هنا .

إذا سمى العاقدان مهراً فى العقد واقترنت التسمية بشرط كان الحكم فيه على التفصيل الآتى :

١ — إذا كان المهر المتفق عليه أقل من مهر مثل الزوجة ، كأن اتفقا على مائة ، ومهر مثلها مائة وخمسون واشترط الزوج على نفسه فى مقابل ذلك منفعة مقصودة للزوجة يتوقف تحققها على فعل الزوج ، كما إذا اشترط ألا يخرجها من بلدها ، أو ألا يكلفها شيئا من أعمال المنزل أو ألا يتزوج عليها أو يقلد

أباها أو أخاها عملا يرتزق منه وما أشبه ذلك ، فإن وفى الزوج بما شرط كان للزوجة المهر المسمى الذى تراضيا عليه ، وإن لم يف بالشرط كان للزوجة مهر مثلها ، ولا يجب لها المسمى لأنها لم ترض بالمسمى مع نقصه عن مهر مثلها إلا فى نظير تحقق المنفعة المشروطة فى العقد ، فإذا لم تتحقق فات رضاها بالمسمى فيجب لها مهر المثل ، لأنه الموجب الأصلى لـكل زواج لم يحصل فيه الاتفاق على تسمية المهر .

٢ — إذا كان المهر المتفق عليه أكثر من مهر المثل وجعلت الزيادة فى نظير وصف مرغوب فيه كأن يتزوجها بمائة وخمسين ، ومهر مثلها مائة فقط إن كانت بكراً أو متعلمة أو جميلة ، فإن تحقق الوصف المرغوب فيه وجب للزوجة المهر المسمى كاملا ، وإن لم يتحقق وجب لها مهر المثل ولا يجب لها المسمى ، لأن الزوج لم يرض بالزيادة على مهر المثل إلا على أساس تحقق الوصف المرغوب فيه ، فإذا لم يتحقق فات رضاه بهذه الزيادة ، فلا يلزمه إلا مهر المثل وسقطت تلك الزيادة .

٣ — إذا حصل الاتفاق على مهرين : أحدهما على تقدير حصول شىء ، وثانيهما على تقدير حصول شىء آخر كأن يتزوجها على مائة إن أقام فى بلدها وعلى مائتين إن أخرجها منها ، أو يتزوجها على مائة إن لم يتزوج عليها وعلى مائتين إن تزوج عليها ، وقد اختلف أئمة المذهب الحنفى فى هذه الصورة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : وهو قول زفر أن التسميتين فاسدتان ، وذلك لجهالة المسمى لأنه متردد بين شيئين ، والتردد يورث الجهالة ، وتسمية المجهول غير صحيحة . فيجب للزوجة مهر المثل ، سواء تحقق الشرط الأول أم الثانى إلا أنه لا يزيد على الأكثر لرضا الزوجة به ، ولا ينقص عن الأقل لرضا الزوج به .

القول الثانى : وهو قول أبى حنيفة أن التسمية الأولى صحيحة ، أما الثانية ففاسدة ، فإن تحقق شرط التسمية الأولى وجب المسمى فيها ، وإن لم يتحقق شرطها وجب مهر المثل بحيث لا يزيد على الأكثر ولا ينقص عن الأقل، ووجهته فى ذلك : أن التسمية الأولى وقعت صحيحة لأنها منجزة ليس فيها تعليق على خطر، والجهالة إنما كانت بسبب ضم التسمية الثانية إليها فتفسد الثانية ويكون الواجب فيها مهر المثل إذا تحقق شرطها ، ففى المثال المتقدم : إن أقام الزوج بالزوجة فى بلدها كان الواجب لها مائة ، وإن أخرجها من بلدها كان الواجب لها مهر المثل لا يزيد على المائتين ، لرضاها بها ، ولا ينقص عن المائة لرضاه بها .

القول الثالث : وهو قول الصاحبين ، أن التسمية الأولى صحيحة وكذلك الثانية ، فأى الشرطين تحقق وجب المسمى فيه . فإن تحقق شرط التسمية الأولى وجب المسمى الأول وإن تحقق شرط التسمية الثانية وجب المسمى الثانى . ففى المثال المتقدم إن أقام الزوج بها تعينت تسمية الإقامة وهى المائة وألغيت التسمية الأخرى ، وإن سافر بها تعينت تسمية السفر وهى المائتان وألغيت الأخرى.

ووجهتهما فى ذلك : أن لكل حالة مسمى واحداً رضى الزوجان به ، ويمكن العمل بمقتضاه من غير نزاع ولا ضرر ، فما يتحقق من الشرطين يجب فيه المهر الخاص به ، ولا يخفى وجاهة هذا القول وهو ما يجرى عليه العمل.

ولاية قبض المهر والتصرف فيه :

بينا فيما سبق أن المهر بعد تقرره فى ذمة الزوج يصير حقاً خالصاً للزوجة سواء سمى فى العقد أو لم يسم ، فإذا كانت الزوجة رشيدة كان لها الحق دون غيرها فى قبضه بنفسها أو بمن توكله عنها فى ذلك سواء أكان من أهلها أو من غيرهم ، وسواء أكانت بكراً أم ثيباً غير أنها إذا كانت ثيباً ووكلت أباها

أو جدها فلا بد من التصريح لهما بقبض المهر ، أما إذا كانت بكراً فإنه يكفى فى توكيلها لأبيها أو جدها عدم النهى الصريح عن القبض ، فإذا صرحت بالتوكيل أو سكتت صح القبض ، ويعتبر سكوتها إذناً به .

وذلك لأن العادة جرت بأن ولى البكر إذا كان أبا أو جداً يقبض مهرها ، ويقوم بتجهيزها ، وكثيراً ما يضيف إليه شيئاً من ماله ، وأن الثيب تتولى تدبير شئونها بنفسها .

وبما أن المهر يصير بمجرد العقد حقاً خالصاً للزوجة فلها أن تتصرف فيه بكل التصرفات الجائزة شرعا من بيع وهبة وإجارة وإعارة وغيرها كما هو الشأن فى تصرف كل مالك فى ملكه ، فلها أن تشترى به وتبيعه وتهبه لمن تشاء من قريب أو أجنبى من غير أن يكون لزوجها حق الاعتراض عليها فى ذلك ، كما أن لها أن تهب بعضه أو كله لزوجها قبل القبض أو بعده من غير أن يكون لأبيها أو غيره حق الاعتراض عليها فى ذلك ، وإذا ماتت قبل أن تستوفيه قام ورثتها مقامها فى استحقاقه والمطالبة به ، والزوج من ضمن هؤلاء الورثة .

أما إذا كانت الزوجة غير رشيدة بأن كانت صغيرة أو محجوراً عليها للسفه أو الجنون أو الغفلة فإن الذى يتولى قبض المهر هو ولى مالها ، وولى المال قد يكون غير ولى الزواج ، فإن ولى الزواج يكون من العصبة وسائر الأقارب على الترتيب الذى بيناه فى الكلام على الولاية .

أما ولى المال فهو واحد من ستة عند الحنفية : الأب ثم وصيه ، ثم الجد ثم وصيه ثم القاضى « المحاكم الحسبية الأن » ثم وصيه ،ومن هذا يتضح أن كلا من الأب والجد تكون له الولاية على النفس والمال ، فله ولاية التزويج وولاية قبض المهر ، وأن غيرهما من الأقارب له الولاية على النفس ، وليس له الولاية على المال إلا إذا كان وصياً من قبل من له حق الإيصاء ، وعلى هذا لو كان

لصغيرة يتيمة عم ، ولها وصى على مالها كان لعمها ولاية تزويجها لما له من الولاية على نفسها ، وكان للوصى عليها ولاية قبض المهر ، لما له من الولاية على مالها ، فكل واحد منهما يتولى ماهو من اختصاصه .

وإذا قبض ولى المال المهر كان قبضه معتبراً ، فتبرأ به ذمة الزوج ، ولايكون للزوجة حق فى مطالبته بعد البلوغ أو رفع الحجر ، وإنما تطالب وليها الذى قبضه ، أما إذا قبضه واحد ممن ليست لهم الولاية على مالها فقبضه لايكون معتبراً ولاتبرأ به ذمة الزوج ، فللزوجة بعد البلوغ أو رفع الحجر أن تطالب زوجها به ، ويرجع هو على من أقبضه إياه .

هذا ، ويجب أن يلاحظ أن الوكيل بالزواج لايملك قبض المهر ، لأنه سفير ومعبر فقط ، فليس عليه أن ينفذ أى حكم من أحكامه ، والمهر حكم من أحكامه ، فلا يكون له قبضه.

ضمان المهر :

إذا تم عقد الزواج أصبح المهر ديناً فى ذمة الزوج لزوجته إذا كان من الأموال التى تثبت فى الذمة كالنقود والمكيلات والموزونات ، فإذا ضمنه شخص صح هذا الضمان سواء كان الضامن أجنبياً من الزوجين أو ولياً لأحدهما أولهما ، ولهذا جعل فى وثيقة الزواج الرسمية سطر خاص بالكفالة ليدون فيه الموظف المختص ما إذا كفل أحد الزوج فى المهر والنفقة أو فى أحدهما ، وفى هذه الحالة تطبق أحكام الكفالة العامة ، فيشترط لصحتها قبول الزوجة لها فى مجلس الإيجاب أو قبول وليها إن لم تكن أهلا للقبول بأن كانت صغيرة أو فى حكمها .

ومتى تمت الكفالة كان للزوجة الحق فى أن تطالب بمهرها الزوج أو

الكفيل ، فإذا أدى الكفيل رجع بما أداه على الزواج إن كانت الكفالة بأمره وإذنه ، فإن لم تكن بإذنه فلا يرجع عليه بشيء ، لأن الكفيل في هذه الحالة يعتبر متبرعا بأداء ما على الزوج من الدين فلا يكون له أن يأخذ منه شيئا جبراً عنه ، وهذا إذا لم يكن الكفيل أباً المزوج فإن كان أباً له والزوج كبير فحكمه كما تقدم ، فيرجع عليه إن ضمنه بإذنه وإلا فلا رجوع ، أما إذا كان الزوج صغيراً وأدى الأب المهر إلى زوجته من مال نفسه فليس له أن يرجع عليه بشيء إلا إذا أشهد عند الكفالة أو عند الأداء أنه يفعل ذلك ليرجع بما يؤديه على الزوج فإن لم يشهد عند الكفالة أو الأداء فليس له الرجوع ، وذلك لجريان العادة بأن الآباء يتحملون مهور أبنائهم الصغار . فكان ذلك قرينة على أن الأب متبرع لكن إذا أشهد عند الكفالة أو الأداء كان ذلك تصريحاً منه بأنه أدى ليرجع في مال الصغير ، والصريح أقوى من الدلالة « أعني العرف » ولا فرق في هذا بين أن يكون الصبي له مال أو ليس له مال خلافا لما ذكره الكمال بن الهمام في فتح القدير من أن الصغير إذا كان له مال فللأب أن يرجع أشهد أو لم يشهد ، ولاسيما إذا كان الأب فقيراً (١) .

هذا ، والكفالة تبرع من التبرعات ، لأن الكفيل يلتزم بأداء ما وجب على غيره فتأخذ حكم التبرعات ، وتعتبر تبرعاً للزوجة ، لأن الغنم لها ، وتعتبر كذلك تبرعا للزوج ، لأن الكفيل سدد دينا كان واجباً عليه دون سواه ، فإن صدرت الكفالة في حالة صحة الكفيل كانت نافذة سواء كان المهر قليلا أم كثيرا وسواء كان المكفول له وارثاً أم غير وارث ، وإن كانت في مرض

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤٧٢ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٦٧ .

الموت فإنها تأخذ حكم الوصية ، فإن كان المهر يخرج من ثلث التركة نفذت الكفالة من غير توقف على إجازة الورثة ، وإن كان أكثر من الثلث توقف نفاذها فيما زاد عن الثلث على إجازة الورثة ، ولا فرق فى ذلك بين ما إذا كان الزوج والزوجة من ورثته أو لم يكونا ، وهذا ماجرى عليه قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ من جواز الوصية للوارث وغيره ونفاذها فى حدود الثلث بدون توقف على إجازة أحد ، وكان العمل قبل هذا القانون يجرى على مذهب الحنفية الذى لا يجيز الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة فإذا كان الزوج أو الزوجة وارثا والكفالة صدرت فى مرض الموت توقف نفاذ الوصية على إجازة الورثة ، وإن كانا أجنبيين نفذت الكفالة بالمهر إذا كان يخرج من ثلث التركة ، وإلا توقف نفاذ الزائد عن الثلث على إجازة الورثة .

هلاك المهر واستهلاكه واستحقاقه

إذا هلك المهر فى يد الزوجة بعد أن قبضته فهلاكه عليها ولا ترجع على الزوج بشىء وكذلك إذا استهلكته ، وإن استهلكه غيرها لزمه ضمان مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا .

أما إذا هلك أو استهلك قبل القبض وهو فى يد الزوج ، فإن هلك بفعل الزوج أو بآفة سماوية ضمن الزوج مثله أو قيمته ، وإن هلك بفعل الزوجة اعتبرت مستوفية له بهذا الهلاك ، وإن هلك بفعل أجنبى فالزوجة بالخيار بين تضمين الأجنبى وبين تضمين الزوج ، وهو يرجع بما ضمن على الأجنبى .

وأما إذا استحق المهر بأن تبين أنه ليس ملكا للزوج فالزوج ضامن له سواء أكان استحقاقه قبل القبض أم بعده ، لأنه بالاستحقاق تبين أنه ملك غيره من الأصل لا ملكه .

الاختلاف فى المهر وما يفصل به فى ذلك

الاختلاف الذى يقع بسبب المهر له أحوال ثلاثة : (الحالة الأولى) أن يكون الاختلاف فى تسمية المهر ، بأن يدعى أحد الزوجين تسمية قدر معلوم كمائة جنيه مثلا ، وينكر الآخر التسمية بالكلية بأن قال : لم نسم شيئاً فى العقد :

(الحالة الثانية) أن يكون الاختلاف فى مقدار المهر المسمى فى العقد مع اتفاقهما على أصل التسمية بأن يدعى الزوج أنه تزوجها بمائة ، وتدعى الزوجة أن المهر مائة وخمسون .

(الحالة الثالثة) أن يتفق الزوجان على التسمية ، وعلى مقدار المهر المسمى ويختلفا فى القبض ، بأن يدعى الزوج أنه سلمها المعجل من المهر كله وتنكر الزوجة أنها قبضت شيئا ، أو يدعى أنه سلمها مقداراً منه وتدعى الزوجة أنه سلمها مقداراً أقل مما ذكره .

وقد كان الاختلاف فى المهر له أهمية كبيرة قبل صدور القانون الذى يمنع سماع دعوى الزوجية أو مايترتب عليها من المهر والنفقة والطاعة إلا إذا كان الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية على يد موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها وذلك فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، أما بعد صدور هذا القانون فإن الاختلاف فى المهر أصبح قليل الأهمية من الناحية العملية . لأن الوثائق الرسمية يدون فيها عادة أن الطرفين سميا المهر ، وأن مقداره كذا وأن المقبوض منه كذا ، والمؤجل كذا ، وأن هذا المؤجل إلى كذا من الزمان فالخلاف بعد ذلك فى أصل التسمية أو فى المقدار أو فى المقبوض خلاف نادر لا يتحقق إلا فى صور

قليلة ، إذ من النادر أن يقدم الزوجان على الزواج بدون وثيقة رسمية بعد العمل بهذا القانون ، حرصاً على مصلحتهما وعلى حقوقهما الزوجية ، وإنما يتحقق هذا النزاع كثيراً في البلاد الإسلامية التي لاتحتم قوانينها مثل هذه الوثيقة في إثبات الزواج كالسودان وليبيا والسعودية واليمن وغيرها من البلاد التي لم يصدر فيها مثل هذا التشريع ، ولهذا سنكتفي ببيان الحكم في كل حالة من الحالات الثلاثة المتقدمة على سبيل الإجمال فنقول :

١ — إذا اختلف الزوجان في تسمية المهر وعدم تسميته بأن ادعى أحدهما تسمية المهر تسمية صحيحة وأنكر الآخر حصول التسمية اعتبر القائل بأن هناك تسمية مدعياً والنافي لها منكراً ، والقاعدة المقررة « أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » فإن أقام من أدعى التسمية البينة على دعواه قضى له بالمسمى ، وإن عجز عن إقامة البينة وطلب تحليف المنكر وجهت إليه اليمين ، فإن امتنع عن الحلف حكم عليه بسبب امتناعه عن اليمين ، لأن امتناعه بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعى ، وإن حلف أنه لم تحصل تسمية حكم برفض دعوى المدعى ، وقضى بمهر المثل ، لأنه الموجب الأصلي في كل زواج لم تثبت فيه تسمية المهر تسمية صحيحة ، ولكن لايقضى بمهر المثل أيا كان مقداره بل يشترط ألا يزيد على ما ادعته الزوجة إن كانت هي المدعية للتسمية ، لرضاها بما سمته ، وألا ينقص عما ادعاه الزوج إن كان هو المدعى لها ، لأنه بإقراره قد التزم ما سماه فلاينقص عنه .

فإذا كانت الزوجة هي المدعية بأن قالت : سمينا المهر في العقد ، ومقداره مائة ، فإن كان مهر مثلها مساوياً لهذا المقدار أو أقل منه حكم بمهر المثل ، وإن كان مهر مثلها أكثر من هذا المقدار بأن كان مائة وعشرين حكم بما ادعته وهو مائة فقط ، لأنها رضيت بهذا المقدار فلا يزداد عليه .

وإذا كان الزوج هو المدعى بأن قال : سمينا المهر فى العقد ومقداره ثمانون فإن كان مهر مثلها مساوياً لهذا المقدار أو أكثر منه حكم بمهر المثل ، وإن كان أقل منه بأن كان ستين حكم بالمسمى الذى ادعاه الزوج وهو ثمانون ، لأن الزوج قد اعترف بأن هذا المقدار هو الواجب لها فيحكم عليه به بدون نقص .

ومن الواضح أن الحكم بمهر المثل إنما يكون إذا كان النزاع فى حالة تستحق الزوجة فيها جميع المهر ، كما إذا كان النزاع فى حال قيام الزوجية أو بعد حصول الفرقة بين الزوجين ولكن بعد الدخول أو الخلوة أو موت أحدهما ، أما إذا كان النزاع فى حالة لا تستحق فيها الزوجة جميع المهر كما إذا كان بعد الطلاق وقبل الدخول والخلوة فإنه لا يحكم بمهر المثل ، وإنما يحكم بالمتعة ، لأنها هى التى تقوم مقام مهر المثل فى هذه الحالة عند عدم التسمية .

وهذا كله إذا كان الاختلاف فى حال حياة الزوجين أو كان بعد موت أحدهما ، أما إذا كان الاختلاف بعدموت الزوجين بأن مات الزوجان واختلف ورثة كل منهما فى التسمية فإن الحكم فى هذه الحالة عند الصاحبين لا يختلف عن الحكم فى حال حياة الزوجين أو بعد موت أحدهما ، وهو أنه يحكم بالمسمى إن ثبت ، وبمهر المثل إن لم يثبت ، أما عند أبى حنيفة فإن الحكم هنا يختلف عن الحكم فى حال حياة الزوجين أو موت أحدهما وهو أنه لا يحكم هنا بشىء إن عجز مدعى التسمية عن الإثبات ، لأن مهر المثل يقدر بمهر أقران الزوجة من عشيرتها ، وموت الزوجين يدل على موت أقرانهما فلا سبيل إلى معرفة مهر المثل .

ويروى أن أبا حنيفة استدل لرأيه هذا قائلا : أرأيت لو ادعت ورثة على على ورثة عمر مهر أم كلثوم بنت على أكنت أسمع البينة فى ذلك وأقضى فيه بشىء ، وهذا الاستدلال يشير الى أن رأى أبى حنيفة مفروض فيما إذا كان

النزاع بين ورثة الزوجين بعد تقادم العهد ومرور زمن طويل على وفاتهما بحيث لا يمكن الوقوف على مهر المثل ، أما إذا لم يتقادم العهد فإن رأيه لا يختلف عن رأى الصاحبين وهو وجوب مهر المثل لإمكان الوقوف عليه حينئذ ، وأيا كان مذهب أبى حنيفة فى هذه الصورة فإن المفتى بها هو مذهب الصاحبين(١) .

٢ — واذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر المسمى مع اتفاقهما على التسمية ، بأن ادعت الزوجة أن المهر المسمى مائة وخمسون ، وادعى الزوج أن المهر مائة فقط ، فالحكم فى هذه الحالة عند أبى يوسف أن الزوجة تعتبر مدعية لأنها تدعى الزيادة على الزوج ، والزوج منكر ، وعلى هذا تطبق القاعدة المقررة « البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر » فتطالب الزوجة بإقامة البينة على ما تدعيه ، فإن أقامت البينة على ما ادعت قضى لها به ، وإن عجزت عن إقامة البينة وطلبت تحليف الزوج اليمين وجهت إليه اليمين فإن امتنع عن الحلف قضى لها بما ادعت ، وإن حلف قضى بالقدر الذى ذكره إلا إذا كان ما ادعاه الزوج لا يصلح أن يكون مهرا لمثلها عرفا فيحكَّم مهر المثل ، فإذا كان مهر المثل أقل مما تدعيه الزوجة أو مساوياً لما تدعيه حكم لها به، وإن كان أكثر مما تدعيه حكم لها بما تدعيه ، لأن الظاهر يؤدها فى ذلك ولا يلتفت إلى ما قاله الزوج لأنه مستنكر فى العرف والعادة .

وقال أبو حنيفة ومحمد : إن كلا منهما يعتبر مدعيا ومنكرا ، ورتبا على ذلك أحكاما كثيرة لا داعى لتفصيلها بعد أن أصبح العمل فى المحاكم يسير على رأى أبى يوسف فقد جاء فى المادة (١٩) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما نصه « إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٧٢ .

للزوج بيمينه إلا إذا ادعى مالا يصلح أن يكون مهرا لمثلها عرفا فيحكم مهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما » والأخذ بقول أبي يوسف أعدل وتطبيقه قضاء أيسر ، ومن أراد التفصيل والاطلاع على رأى أبى حنيفة ومحمد فليرجع إليه فى موضعه من كتب الفقه المؤلفة فى المذهب الحنفى (١) .

٣ — وإذا اختلف الزوجان فى قبض المعجل من المهر بأن ادعى الزوج أنه أوفاها المعجل كله وقالت الزوجة إنها لم تقبض شيئاً منه ، أو إنها قبضت بعضه فقط فإن كان الخلاف بينهما قبل الدخول كان القول قول الزوجة بيمينها ، وعلى الزوج أن يثبت ما يدعيه بالبينة ، فإن أقام البينة على ما يدعيه حكم له به ، وإن لم يقم البينة لا يحكم له بشيء ، لأنه بالعقد الصحيح صار مدينا للزوجة بالمهر فلا تبرأ ذمته من شيء منه إلا بالبينة على ذلك ، إذ الأصل بقاؤه فى ذمته حتى يقوم الدليل على خلافه .

وإن كان الخلاف بعد الدخول فإن الحكم يختلف تبعا لجريان العرف بتقديم بعض المهر قبل الزفاف وعدم جريانه بذلك ، فإن لم يكن هناك عرف مطرد فى البلد الذى حصل فيه الزواج بتقديم شيء من المهر قبل الزفاف كان الحكم كما بينا ، وهو أن القول قول الزوجة بيمينها وعلى الزوج أن يثبت ما يدعيه بالبينة ، فإن لم يقم البينة على ما يدعيه لا يقضى له بشيء ، أما إذا كان هناك عرف مطرد فى ذلك البلد بتقديم بعض المهر قبل الزفاف فإن كان الخلاف بينهما فى أصل القبض بأن ادعى الزوج أنه أوفاها المعجل كله ، وقالت الزوجة : إنها لم

---

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٠٥ ، الهداية مع فتح القدير ج ٢ ص ٤٧٥ ، وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٧١ .

تقبض شيئاً منه كان القول قول الزوج فى ذلك ، ولا يلتفت إلى دعوى الزوجة أنها لم تقبض شيئاً من المهر ، ويقضى عليها بما جرى العرف بتقديمه قبل الزفاف فإن جرى العرف بتقديم النصف قضى عليها به ، وإن جرى العرف بتقديم الثلثين قضى عليها به . وهكذا بناء على ما ذهب إليه الفقية أبو الليث وهو ما تقرر فى الفقه الحنفى واعتمد للفتوى(١) لأن العرف إذا اطرد واشتهر بقبض المعجل من المهر قبل الزفاف كان مكذبا للزوجة فى دعواها عدم قبض شىء منه ، وقائما مقام البينة على صدق الزوج فيما يدعيه .

وإن كان الخلاف بينهما فى قبض بعض المعجل ، بأن ادعى الزوج أنه أوفاها المعجل كله وقالت الزوجة إنها قبضت بعضه دون البعض الآخر فالقول فى ذلك قول الزوجة بيمينها ، حتى ولو جرى العرف بقبض المعجل من المهر قبل الزفاف . لأن الناس يتساهلون عادة بعد قبض شىء من المعجل فى طلب الباقى ، ويتم الزفاف قبل قبضه ، فإذا كانت العادة جرت بتقديم الثلثين مثلا ، وقام الزوج بدفع النصف فإن المرأة تزف إلى زوجها ، وتطالب بالسدس بعد ذلك مع أنه من ضمن المعجل .

الجهاز(٢) ومن يلزم به :

الجهاز ما يحتاج إليه عند زفاف الزوجة إلى زوجها من الأثاث والأدوات اللازمة لإعداد بيت الزوجية .

وقد اختلف الفقهاء فيمن يلزم بالجهاز وتأثيث البيت الذى يحتاج إليه الزوجان ، فقال المالكية : إن الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما تقبضه من

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ صـ ٣٧٢ ، ٣٧٣ .

(٢) الجهاز هو فتح الجيم ، وكسرها لغة قليلة .

المهر ، فإن لم تقبض شيئاً من المهر قبل الزفاف فلا تطالب بشيء إلا إذا اشترط الزوج ذلك عليها أو كان العرف يلزمها به ، ووجهتهم فى ذلك : أن العرف جرى فى جميع العصور والأمصار على أن الزوجة هى التى تعد بيت الزوجية وتجهزه بما يحتاج إليه ، وأن الزوج إنما يدفع المهر لهذا الغرض ، وعلى هذا لا يكون هناك وجه لمطالبة الزوجة بالجهاز إذا لم تقبض شيئاً من المهر قبل الزفاف أو مطالبتها بجهاز يزيد على مقدار ما قبضته من المهر ، إلا أن تكون العادة قد جرت بالزام الزوجة بالجهاز ولو لم تقبض المهر أو شرط الزوج عليها ذلك ، لأن جريان العرف أو وجود الشرط يدل على الرضا به(١) .

وقال الحنفية ، وعلى قولهم يجرى العمل : إن الجهاز وكل ما يحتاج إليه بيت الزوجية واجب على الزوج ، ولا تطالب الزوجة بشيء من ذلك ، فعلى الزوج أن يقوم بفرش البيت وتأثيثه بكل ما يحتاج إليه حتى يكون مسكناً لائقاً بهما ، كما يلزم بكسوتها والإنفاق عليها ، والمهر الذى يدفعه الزوج لزوجته ليس فى مقابلة الجهاز وإنما هو عطاء ونحلة كما سماه الله فى كتابه الكريم ، أو هو فى مقابلة حل التمتع بها ، فهو حق على الزوج لزوجته بمقتضى عقد الزواج .

وعلى هذا الرأى لو زفت الزوجة إلى زوجها بدون جهاز أصلا أو زفت إليه بجهاز لا يتناسب مع المهر الذى دفعه لا يكون للزوج الحق فى مطالبة الزوجة ولا مطالبة أبيها بالجهاز ولا أن ينقص شيئاً من المهر الذى اتفقا عليه .

وهذا إذا لم يدفع الزوج مقداراً من المال فى نظير إعداد الجهاز أو فى نظير إعداده على شكل خاص ، أما إذا دفع الزوج مقداراً من المال فى نظير ذلك فهو على وجهين :

---

(١) انظر الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ج ٢ ص ٢٢١ .

الأول : أن يكون المال زائداً على المهر منفصلا عنه ، كأن يحصل الاتفاق على المهر ، ثم يعطى الزوج مقداراً آخر من المال لتجهز الزوجة به نفسها أو لتعد له جهازاً خاصاً ، والحكم فى هذه الحالة أن الزوجة تكون ملزمة بما اشترطه الزوج ، فإن لم تحضر جهازاً أصلا أو أحضرت جهازا يختلف عن الجهاز الذى شرطه الزوج لزمها أن ترد إلى الزوج المال الذى أخذته ، لأنه كالهبة بشرط العوض ، والهبة بشرط العوض يجوز للواهب الرجوع فيها إذا لم يتحقق العوض ، إلا أنه إذا سكت بعد الزفاف عن المطالبة بالجهاز زمانا يدل على الرضا اعتبر ذلك المال هبة غير مشروطة بشرط فلا يكون له بعد ذلك الحق فى المطالبة بشىء .

والثانى : أن يكون المال غير منفصل عن المهر وذلك بأن يسمى مهرا يزيد على مهر مثل الزوجة ، ويقصد أن تكون هذه الزيادة فى مقابلة الجهاز أو فى مقابلة إعداده على شكل خاص يتناسب مع هذه الزيادة ، وعرف ذلك منه ، صراحة أو كان العرف وقرائن الأحوال تدل على ذلك ، والحكم فى هذه الحالة عند بعض الحنفية كالحكم فى الحالة الأولى وهو إلزام الزوجة بالجهاز ، أو بإحضار الجهاز الذى يتناسب مع الزيادة ، فإن لم تحضر جهازاً أصلا أو أحضرت جهازاً لا يتناسب مع الزيادة لم تستحق إلا مهر المثل ، لعدم وفائها بالشرط الصريح أو الضمنى .

وقال بعضهم : إن الزوجة لا يلزمها شىء من ذلك فى هذه الحالة ، لأن الزيادة متى جعلت من ضمن المهر التحقت به وصار كله حقا خالصا للزوجة ، فلا تطالب بإنفاق شىء منه فى الجهاز أو غيره جبراً عنها .

ويقول ابن عابدين : إن هذا القول هو الصحيح ، لأن هذه المسألة نظير

مسألة ما إذا تزوجها بأكثر من مهر المثل على أنها بكر فتبين أنها ثيب التى اختلف فقهاء الحنفية فى لزوم الزيادة على مهر المثل وعدم لزومها ، وحيث كان الراجح فى هذه المسألة القول باللزوم يكون الراجح هنا أيضا القول بلزوم الزيادة على مهر المثل وعدم إلزام الزوجة بشىء من الجهاز فى نظير ذلك (١) .

اختلاف الزوجين فى متاع البيت :

المراد بالمتاع كل ما ينتفع به فى بيت الزوجية من أثاث وملابس وأدوات وأوان وغيرها .

وقد جرت العادة أن الرجل يهتم بتأثيث بيته وشراء الأشياء اللازمة له زيادة على ما تأتى به الزوجة من جهاز ، وقد تقتصر الزوجة فى جهازها على المهم من الأثاث ثم يقوم الزوج بشراء ما يحتاجان إليه ، كما أنها قد تزف إلى زوجها من غير جهاز ولا يكون معها إلا حليها وملابسها وأدواتها الخاصة بها ويقوم الزوج بتأثيث المنزل وشراء كل ما يحتاج إليه ، وقد يحدث الخلاف بين الزوجين فى ملكية هذه الأشياء أو بعضها ، وقد يقع هذا الخلاف بين ورثتهما بعد موتهما أو بين أحدهما وورثة الآخر .

فإن كان الخلاف بين الزوجين فادعت الزوجة أن متاع البيت ملكها ، وادعى الزوج أنه ملكه فإن كان لاحدهما بينة حكم له بمقتضى بينته ، وإن لم يكن لاحدهما بينة كان القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ، فما يصلح للرجال كأدوات الصناعة والكتب العلمية التى يشهد الحال بأنها للرجل يكون القول فيه قول الزوج مع يمينه ، لأن الظاهر شاهد له ، وما يصلح للنساء كالثياب الخاصة بهن والحلى وأدوات الزينة وما أشبه ذلك يكون القول فيه

---

(١) راجع حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٥٥ ، ٣٧٧ ، ٦٧٠

للزوجة مع يمينها لأن الظاهر شاهد لها ، ومايصلح للرجال والنساء كالأسرّة والسجاجيد والأوانى المنزلية يكون القول فيه للزوج عند أبى حنيفة ومحمد لأن يد الزوج على ما فى البيت أقوى من يد الزوجة ، لان يده يد تصرف فى ذلك المتاع ، أما يد الزوجة فهى للحفظ فقط ؛ ويد التصرف أقوى من يد الحفظ .

وعند أبى يوسف يكون القول للزوجة مع يمينها فى مقدار ما يجهز به مثلها عادة ، ومازاد على ذلك يكون القول فيه للزوج مع يمينه ، لأن الغالب أن الزوجة لاتزف إلى زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها فيكون الظاهر شاهداً لها فى مقدار جهاز مثلها فيكون القول قولها فى هذا المقدار ، وما زاد على ذلك يكون القول فيه للزوج مع يمينه ، لأن الظاهر يشهد له فيما زاد .

ورأى أبى يوسف هو الراجح خصوصا فى عصرنا الحاضر ، لأن الزوجة تنفق المهر والكثير من مالها أو مال أبيها فى الجهاز وما يلزم من الأشياء التى تصلح لها ولزوجها فيجب أن يكون القول لها مع يمينها فى قدر جهاز مثلها ، ولا عبرة باليد هنا ، ولا محل لتحكيمها فى ذلك .

وإن كان الاختلاف بين ورثة الزوجين بعد وفاتهمافالحكم فى هذا كالحكم فيما إذا كان الاختلاف بين الزوجين . وآراء الفقهاء هنا كآرائهم هناك ، لأن ورثة كل منهما يقومون مقامه (١) .

وإن كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، بأن مات أحدهما وحصل النزاع بين الحى منهما وبين ورثة المتوفى فالحكم لايختلف عندأبى يوسف وكذلك عند محمد ، فرأى كل منهما فى هذا الاختلاف هو رأيه بعينه فى الاختلاف

(١) بدائع الصنائع جـ ٢ صـ ٣٠٩

بين الزوجين فعند أبي يوسف يكون القول للزوجة إن كانت موجودة ولورثتها إن كانت هي التي ماتت بقدر مايجهز به مثلها ، ومازاد على ذلك يكون القول فيه للزوج أو لورثته ، وعند محمد يكون القول للزوج مع يمينه إن كان موجوداً ولورثته بعد موته .

أما عند أبي حنيفة فإن القول يكون للحي منهما ، فإن كان الزوج كان القول له مع يمينه لما تقدم ، وإن كانت الزوجة كان القول لها مع يمينها لأن يدها في حال حياة الزوج كانت ضعيفة فلما مات أصبحت يدها قوية فكان الظاهر شاهداً لها فيكون القول قولها مع يمينها .

ب — النفقة

النفقة هى الحق الثانى من الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها المترتبة على عقد الزواج ، والكلام فيها يتناول الأمور الآتية : معنى النفقة . حكمها . سبب وجوبها . شروط وجوبها . تقديرها وما يراعى فيه . نفقة الخادم . الكسوة المسكن . امتناع الزوج عن الإنفاق والحبس فى دين النفقة . الإبراء من دين النفقة والمقاصة به . الكفالة بالنفقة .

معنى النفقة :

النفقة فى اللغة اسم لما ينفقه الإنسان على غيره من نقود ونحوها ، وتطلق فى اصطلاح الشرعيين على الطعام والكسوة والسكنى ، سأل هشام محمد بن الحسن عن النفقة فقال : هى الطعام والكسوة والسكنى ، والعرف الغالب بين الفقهاء يطلقها على الطعام فقط ، فيقولون مثلا : تجب للزوجة على زوجها النفقة والكسوة والسكنى ، فيذكرونها ويعطفون عليها الكسوة والسكنى ، والعطف يقتضى المغايرة[1] . والمراد من النفقة هنا ما تحتاج إليه الزوجة من طعام وكسوة ومسكن وفرش وخدمة وكل ما يلزم لها بحسب العرف .

حكمها :

النفقة واجبة للزوجة على زوجها جزاء احتباسها وقصرها نفسها عليه بحكم العقد الصحيح ، والدليل على وجوبها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٢١ ، ٣٤٤ والبحر الرائق لابن نجيم ج ٤ ص ١٨٨، وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٦١

أما الكتاب فقول الله تعالى فى حق المطلقات « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن »(١) وإذا كان إسكان المطلقات والإنفاق عليهن واجبا كان إسكان الزوجة والإنفاق عليها واجباً بالطريق الأولى .

وأما السنة فما جاء من الأحاديث الكثيرة التى تدل على وجوب الإنفاق على الزوجات منها مارواه أبو داود عن معاوية القشيرى قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ما تقول فى نسائنا قال : أطعموهن مما تأكلون ، واكسوهن مما تكتسون ، ولا تضربوهن ولا تقبحوهن »(٢) .

ومنها ما رواه مسلم وغيره من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى حجة الوداع « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وما رواه البخارى ومسلم عن عائشة رضى الله تعالى عنها : أن هنداً زوجة أبى سفيان قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف .

وأما الإجماع فقد اتفق المجتهدون من لدن عصر النبى صلى الله عليه وسلم إلى الآن على وجوب نفقة الزوجة على زوجها لا ينكر هذا ولا يشك فيه أحد .

وأما المعقول فإن عقد الزواج يقتضى أن تكون الزوجة محتسبة لأجل الزوج ومتفرغة للقيام بالمقصود من الحياة الزوجية من حفظ النسل وتربية الأولاد ورعاية شئون البيت ، ومن القواعد المقررة فى الشريعة أن من حبس لحق مقصود

---

(١) آية ٦ من سورة الطلاق .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٣ وفى بعض الروايات « أن تطعمها إذا طعمت » وليس المقصود منه تقييد إطعامها وكسوتها بذلك بل المطلوب الحث على المبادرة فى إطعامها وكسوتها كما يفعل الإنسان عادة فى شأن نفسه (زاد المسلم ج ٤ ص ٢٧٠).

لغيره ولمنفعته فنفقته تـكون واجبة على ذلك الغير، كالقاضى والمفتى وسائر عمال الدولة ، فإنهم لما حبسوا أنفسهم لمنفعة الدولة استحقوا عليها أن تنفق عليهم وأن ترزقهم بقدر كفايتهم.

سبب وجوب النفقة:

حصر الفقهاء أسباب وجوب النفقة للإنسان على غيره فى ثلاثة هى الزوجية والقرابة والملك ، ومقصودنا الآن بيان نفقة الزوجة ، ولبيان هذا نقول :

إن سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو الزوجية الصحيحة بينهما ، ولـكن هذا الوجوب ليس بسبب نفس الزواج الذى يتحقق بمجرد العقد الصحيح، كما هو الشأن فى وجوب المهر ، وإنما هو بسبب ما يترتب على هذا العقد من حق الزوج فى احتباس زوجته عليه ودخولها فى طاعته ليتمكن من الانتفاع بثمرات الزواج.

فإذا كان عقد الزواج صحيحا ترتب عليه احتباس الزوجة على زوجها بحيث يؤدى هـذا الاحتباس إلى استيفاء المقصود بالزواج ، وذلك بتسليم الزوجة نفسها حقيقة أو حكما بأن تـكون مستعدة للدخول فى طاعة الزوج وغير ممتنعة من الانتقال إليه ومن دخوله بها وجبت لها النفقة على الزوج ، أما إذا لم يتحقق هذا المعنى فلا تجب لها النفقة ، لعدم تحقق سبب وجوبها ، وهو الاحتباس المفضى إلى المقصود بالزواج .

شروط وجوب النفقة :

يشترط لوجوب نفقة الزوجة على زوجها ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون عقد الزواج صحيحاً ، فإن كان الزواج فاسداً أو باطلا فلا تستحق الزوجة بموجبه النفقة ، لأن الواجب على الزوجين الافتراق ،ولا يجوز لهما أن يتعاشرا معاشرة الأزواج فلم يتحقق حق الاحتباس الذى هو سبب وجوب النفقة .

ولو تزوج الرجل امرأة بعقد صحيح بحسب الظاهر وأنفق عليها مدة ثم تبين أن العقد غير صحيح كأن ثبت أن الزوجة أخت لزوجها من الرضاع ، رجع الزوج عليها بما أنفق إن كان الإنفاق بحكم القاضى ، لأنه تبين أن الزوجة أخذت النفقة بدون حق ، والزوج مضطر فى هذا الإنفاق تنفيذاً لحكم القاضى .

أما إذا أنفق عليها بدون حكم فلا يرجع عليها بشىء ويعتبر متبرعا[1] هكذا قرر الفقهاء الحكم فى هذه المسألة ، ونحن لا نرى سبباً معقولا للتفرقة فى الحكم بين ما إذا قام الزوج بالإنفاق عليها بحكم القاضى أو بدون حكمه ما دام الزوجان لا يعلمان بالفساد وقت العقد إلى حين ظهور فساده ، فالزوجة محتبسة لأجل الزوج تقوم له بواجبه كزوجة بمقتضى عقد الزواج الصحيح بحسب علمها فيجب عليه أن ينفق عليها جزاء احتباسها وقيامها بحاجات الزوجية فلا ينبغى أن يجوز له الرجوع بما أنفق ولو كان بحكم القاضى .

والثانى : أن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها ، وذلك بأن تكون الزوجة كبيرة أو صغيرة يمكن الدخول بها ، فلو كانت صغيرة لا يمكن الدخول بها فلا تجب لها النفقة ، لأن احتباسها لا يوصل إلى المقصود من الزواج فكان وجوده كعدمه .

ولو كانت الزوجة صغيرة لا يمكن الدخول بها ولكن يمكن الانتفاع بها فى الخدمة أو الاستئناس فأكثر الفقهاء على أنه لا نفقة لها ، لأن وجوب النفقة منوط بالاحتباس الذى يمكن معه استيفاء المقصود من الزواج ، وهو غير متحقق، وقال أبو يوسف : إن الصغيرة إذا كانت لا تصلح لما يصلح له النساء ولكنها تصلح للخدمة أو الاستئناس بها واحتبسها الزوج فى بيته بالفعل فلها النفقة لرضاه

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٦١ ، جامع الفصولين ج ١ ص ١٩١ .

بهذا الاحتباس الناقص ، أما إذا كانت صغيرة لا تصلح لشيء فلا نفقة لها بحال ، واختار قول أبي يوسف بعض المشايخ[١] .

وإذا كانت الزوجة كبيرة ولكنها مريضة مرضاً يحول دون معاشرتها فلها النفقة متى انتقلت إلى بيت الزوج سواء مرضت عنده بعد الزفاف والانتقال إلى منزله أم كانت مريضة حين انتقالها إليه ، لأنه بالانتقال قد تحقق شرط وجوب النفقة وهو التسليم ، ووجودها فى بيت الزوج منفعة له على كل حال ، ثم إن المرض طارىء وقتى لا دخل للزوجة فيه كالحيض والنفاس ، وليس من المروءة ولا من حسن العشرة أن يكون هذا الطارىء مفوتاً لما يجب لها من النفقة .

ولو انتقلت الزوجة إلى بيت أهلها لتمرض فيه أو كانت ذهبت إليه لبعض الشئون فمرضت هناك فلا تسقط نفقتها إلا إذا طلب الزوج منها أن تعود إلى بيته وكانت تستطيع العودة إليه ولو محموله فامتنعت ، لأنها بذلك تكون ناشرة أى خارجة عن طاعته بغير حق فلا تجب لها النفقة ، أما إذا كانت لا تستطيع الرجوع إلى بيته فلا تسقط نفقتها ، لأن إجابة طلبه غير ممكنة هذه فى الحالة فلا تعد بذلك ناشرة حتى تسقط نفقتها .

وإذا مرضت قبل الزفاف إلى بيت الزوج وكان مرضها لا يمنعها من الانتقال إليه فلها النفقة ما دامت لا تمتنع من الانتقال حين يدعوها الزوج إليه .

أما إذا مرضت قبل الزفاف وكان مرضها يمنعها من الانتقال إلى منزل الزوج ولو محمولة فلا تجب لها النفقة لعدم التسليم حقيقة وحكماً .

والخلاصة أن المريضة تستحق النفقة إلا فى حالتين (الأولى) أن تمرض قبل الزفاف مرضاً لا يمكنها معه الانتقال إلى منزل الزوجية ، لأن الاحتباس غير ممكن فى هذه الحالة ، (الثانية) أن تمرض بعد الزفاف فى بيت أبيها ، ويطلب

---

(١) ابن عابدين جـ ٢ صـ ٦٦٣ والبحر الرائق لابن نجيم جـ ٤ صـ ١٩٦ .

منهـا الزوج الانتقـال إلى بيته فتمتنع مع القدرة على الانتقـال .

وإذا وجبت النفقه للمريضة فهل يلزم الزوج بنفقات علاجها من أجرة الطبيب وثمن الدواء اللازم للعلاج ؟ يقرر فقهاء الحنفية أن الزوج لا يلزم بنفقـات علاج زوجته ولو مرضت فى منزل الزوجية بل يكون ذلك فى مال الزوجة إن كان لها مال ، فإن لم يكن لها مال وجبت على من تلزمه نفقتها لو كانت غير متزوجة ، ويعللون ذلك بأن الزوج لا يلزمه إلا النفقة التى تقوم بها الحياة العامة غالباً وهى حيـاة الصحة لا المرض ، فلا يجب عليه نفقـات العلاج على أى حال[1] والذى تطمئن إليه النفس وتقتضيه المعـاشرة الزوجية وحسن الصحبة والمعـاملة أن يقوم الزوج بالنفقات اللازمة لعلاج زوجته متى كانت فقيرة والزوج قادراً على ذلك ، فالزوجة المريضة إذا لم يعالجها زوجها الغنى وينقذها من كربها فمن يعالجها غيره ؟ بل المروءة تقتضى بأن يدفع الزوج نفقات علاج زوجته متى كان قادراً على ذلك ولو كانت الزوجة موسرة حتى يشعرها فى مرضها باهتمامه بها وتقديره لها تطييباً لخاطرها.

وهذا هو ما اتجهت إليه لجنة الأحوال الشخصية فإنها فى بيانها لنفقة الزوجية فى المادة (٦٤) قالت : النفقة هى الغذاء والـكسوة والمسكن والخدمة ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العـرف » .

الشرط الثالث : ألا يفوت حق الزوج فى احتباس الزوجة بدون مبرر شرعى وبسبب ليس من جهته ، فإن فات على الزوج الحق فى احتبـاس زوجته بدون مبرر شرعى وبسبب ليس من جهته فلا تجب لهـا النفقة ، أما إذا كان فوات احتباس لمبرر شرعى ، أو كان فوات الاحتباس بسبب من جهته فإنها تستحق النفقة ، ويتفرع على هذا الشرط ما يأتى :

١ — أن الزوجة إذا امتنعت من الانتقـال إلى بيت زوجهـا بدون مبرر

---

(١) ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٦٤ .

شرعى ، أو انتقلت إليه ثم خرجت منه لغير سبب مقبول أو منعت الزوج من الدخول فى بيتها الذى يقيمان فيه من غير أن يسبق منها طلب الانتقال إلى منزل يعده لها ولم يفعل لا تجب لها النفقة ، لأنها بذلك تعد ناشرة أى خارجة عن طاعة الزوج بدون حق . والناشزة لا تستحق النفقة مدة نشوزها ، فإن رجعت إلى طاعة زوجها استحقت النفقة من حين عودتها إلى طاعته.

٢ — أن الزوجة إذا حبست ولو ظلماً لا تجب لها النفقة ، لفوات حق الزوج فى الاحتباس بسبب لا دخل له فيه ، فيفوت بذلك حقها فى النفقة .

ومثل ذلك لو أصيبت الزوجة بمرض عقلى وأدخلت المستشفى الخاص بعلاج هذه الأمراض فلا تجب لها النفقة ، وقد قضت محكمة المنصورة فى ١٨ / ٨ / ١٩٤٥ بأنه « إذا أصيبت الزوجة بالجنون ودخلت من أجل ذلك مستشفى الأمراض العقلية وكانت حالتها لا تسمح بخروجها منه فلا نفقة لها على زوجها ، لأن فوات الاحتباس ليس من جهته » .

وكذلك لو خطف الزوجة رجل وحال بينها وبين زوجها لا تجب لها النفقة على زوجها لفوات الاحتباس بسبب لا دخل للزوج فيه ، وهذا هو ظاهر الرواية ، وعن أبى يوسف أن لها النفقة لأن المانع من الاحتباس حينئذ ليس من جهتها .

والفتوى على القول الأول لأن فوات الاحتباس وإن لم يكن بسبب من جهتها لكنه ليس من جهة الزوج حتى يجعل قائماً حكماً[١] .

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٢٦ .

٣ — إذا سافرت الزوجة وحدها أو مع غير محرم[1] لها فلا نفقة لها لفوات الاحتباس بسبب من جهتها، ولأنها تعتبر عاصية بهذا السفر الذى لا يصاحبها فيه زوج أو محرم.

ولو سافرت الزوجة للحج وكان ذلك قبل أن تنتقل إلى بيت الزوج ولم يكن الزوج معها فى هذا السفر فلا نفقة لها باتفاق أئمة المذهب الحنفى وذلك لفوات الاحتباس بسبب من جهتها ، وانعدام التسليم حقيقة وحكماً ، ويستوى فى ذلك أن يكون سفرها للحج فرضاً أو نفلا، وأن تسافر وحدها أو مع أجنبى أو محرم.

وإذا كان سفرها للحج بعدما انتقلت إلى بيت الزوج ولم يكن الزوج مرافقاً لها فى السفر فلا تستحق النفقة على زوجها سواء كان الحج فرضا أو نفلا وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، لفوات الاحتباس بفعل من جهتها ، وقال أبو يوسف إذا كان الحج فرضاً وكان معها ذو رحم محرم كأبيها أو أخيها استحقت النفقة ، لأن السفر لأداء الحج ضرورة دينية يغتفر معها فوات الاحتباس ،فلا تسقط النفقة والمعول عليه هو القول الأول لأن الامتناع من جهتها فيسقط به حقها فى النفقة.

أما إذا كان الزوج مرافقاً لها فى هذا السفر فلها النفقة من غير خلاف بين

---

(١) المحرم هو من لا يجوز له شرعا أن يتزوج المرأة على سبيل التأبيد بسبب القرابة أو الرضاع أو المصاهرة ، وهو شرط لوجوب أداء الحج على المرأة ولو كانت عجوزا لأن النصوص التى تدل على اشتراطه وردت مطلقة ، وهذا إذا كان بين المرأة وبين مكة مسيرة ثلاثة أيام أو أكثر أما إذا كان بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام فلا يشترط المحرم ، ولا يكون للزوج منعها ، وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف كراهة خروج المرأة وحدها مسيرة يوم واحد ويؤيده حديث الصحيحين « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذى محرم عليها أو زوج ،وليس للزوج أن يمنع زوجة من أداء حجة الإسلام ما دام معها محرم ، فإن لم يكن معها محرم كان له منعها كما أن له منعها من الحج غير الفرض .

أئمة المذهب ، لأن الزوجة مادامت معه فقد تحقق الاحتباس الذى هو سبب وجوب النفقة ، والنفقة الواجبة فى هذه الحالة هى نفقة الإقامة لا السفر إلا إذا كان الزوج هو الذى أراد السفر ودعا زوجته أن تكون معه فإنه يجب عليه نفقات السفر ولا تكلف الزوجة من ذلك شيئاً .

وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية رأى أبى يوسف فنصت فى المادة (٨٨) من المشروع الذى وضعته على ما يأتى :

« للزوجة أن تسافر مع محرم لأداء فريضة الحج ، ولو بدون إذن زوجها ، وتستمر لها نفقة الحضر مدة السفر » .

٤ — أن الزوجة إذا كانت لها حرفة كالتدريس والمحاماة والتمريض ونحو ذلك وكان عملها يشغلها النهار أو بعضه أو يشغلها الليل أو بعضه ثم تقضى فى بيت الزوجية بقية الوقت فلا نفقة لها على زوجها إذا لم يرض باحترافها ونهاها عن الاشتغال بمهنتها فلم تمتثل ، وكذلك لو رضى الزوج بذلك أول الأمر ثم طلب منها الامتناع عن العمل ولم تجبه إلى طلبه فلا تجب لها النفقة ، لفوات التسليم الكامل الذى هو شرط وجوب النفقة ، ولأن احترافها بعد نهى الزوج لها يكون نشوزاً منها والناشزة لا تجب لها النفقة .

أما إذا رضى الزوج بالاحتراف ولم يمنعها من العمل واستمر على ذلك فلها النفقة لرضاه بالاحتباس الناقص .

هذا ما قرره الفقهاء ، ولكن العمل الآن فى القضاء يجرى على فرض النفقة للزوجة المحترفة سواء رضى الزوج بذلك أم أبى ، لأن إقدام الزوج على الزواج بها وهو يعلم أن لها عملا يقتضيها ترك البيت نهاراً أو ليلا يعتبر رضا

منه بسقوط حقه فى الاحتباس الـكامل (١).

وقد رأت لجنة الأحوال الشخصية أن خروج المرأة للعمل لا يعتبر اخلالا بالطاعة إذا اشترطت ذلك فى العقد مالم يطرأ مايجعل تنفيذ الشرط منافيا لمصلحة الأسرة ، كما نصت على ذلك فى الفقرة الثانية من المادة (٨٦) وهذا يفيد أن الزوجة العاملة لا تستحق النفقة على زوجها إذا لم تشترط عليه البقاء فى العمل ، أو شرطت عليه ذلك ثم طرأ ما يجعل بقاءها فى العمل ليس من مصلحة الأسرة.

---

(١) وهاهى قضية تتصل بهذا الموضوع تتخلص فى أن زوجة تحترف مهنة التدريس رفعت قضية على زوجها أمام محكمة شبرا الشرعية تطلب فيهافرض نفقةلها بأنواعها الثلاثة وأجراً لخادم وأمره بالأداء ، فطلب وكيل المدعى عليه «الزوج» عدم سماع هذه الدعوى لأن المدعية لاتستحق النفقة شرعاً على المدعى إذ هى تحترف مهنة التدريس ، والمقرر شرعاً أنه لا نفقة للمحترفة ، ورد وكيل المدعية «الزوجة» بأن المدعى عليه راض باحترافها هذة المهنة ولم يعترض عليها، ولم يحاول منعها من مزاولتها . وقد حكمت المحـكمة باستحقاق المدعيةللنفقة وقضت لها بالنفقة على زوجها بأنواعها المطلوبة ، وبما جاء فى حيثيات هذا الحـكم « إنه بالتأمل فى النصوص الواردة فى كتب الفقه المتعلقة بهذا الموضوع يظهر أن الأمر ليس أمر احتراف المرأة أو مزاولتها عملا من الأعمال وكفى ، فما كان الاحتراف جريمة أو نقصاً تعاقب المرأة عليه بسقوط حقها فى النفقة،ولا يمكن أن تنظر الشريعةالسمحة مثل هذه النظرة ولـكن الأمر أمرعلاقة الزوجية المقدسة وما ترتبه لـكل من الزوجين على صاحبه من حقوق وواجبات ومبلغ تأثر هذه الحقوق بالاحتراف ضياعا أو نقصا ، والشارع الحـكيم قد أحاط هذه العلاقة بأوثق الضمانات ووضع من الأحكام مايـكفل ضمانتها ويحفظ لـكل من طرفيها حقه كاملا ، وفى هذه الأحكام من المرونة والسعة مايلائم جميع الظروف والأحوال ، والذى يؤخذ من هذه النصوص : أن الأساس فى إعطاء الزوج حق منع زوجته من الخروج والعمل هو المحافظةعلى حقه وصيانة كرامته فلا يستعمله إلا فى هذه الغاية ، وهو فوق هذا مقيد بما تعطيه الأحكام الأخرى العامة من حقوق للمرأة ورعاية للصالح العام ، وعلى هذا =

هذا ، ومما ينبغى أن يلاحظ هنا أن الزوج ليس له أن يمنع زوجته من الاشتغال فى البيت بعمل لاينافى قيامها بحقوق الزوجية كخياطة ملابسها وملابس أولادها وقراءة الكتب وكتابة المقالات والاشتغال بأعمال « الإبرة والتريكو » كما أن للزوجة أن تزاول مهنة النسيج فى منزلها إلا إذا كانت مزاولة

=الأساس أجازوا للزوج أن يمنع زوجته من العمل الذى يمس كرامته أو يؤدى إلى خروجها من المنزل ويعطل مصالحه المنزلية أو يترتب عليه تشويه محاسنها أو تعطيل نشاطها كربة بيت ، وقرروا أنه إذا كان العمل الذى يؤدى إلى خروجها من المنزل يعتبر ضرورياً كحضور مجلس العلم لمعرفة حكم نازلة ألمت بها ولم تجد لدى زوجها ما يسعفها بهذا الحكم فإن لها أن تخرج ، وكذلك لا يمنعها من أى عمل تزاوله داخل المنزل مادام لايتعارض مع حقوقه ، ولا يؤدى إلى تعطيل هذه الحقوق أو نقصها . وإذا لوحظ أن من القواعد المقررة فقها أن العرف العام يخصص النص الشرعى ، ونظراً إلى مسألة إباحة خروجها لحضور مجلس العلم على أنها مثال لحالة الاضطرار فى أمر مشروع ولوحظ تطور الحالة الاجتماعية وما تساهم به المرأة الآن فى ميدان الحياة العامة من نشاط كبير وماتقوم به من خدمات ضرورية فى نواح كثيرة أمكن أن نجد أمثلة كثيره يعتبر الخروج فيها من الضروريات التى لاتعتبر معها خارجة بغير حق ، ولا يسقط حقها فى النفقة بقطع النظر عن الحادثة موضوع القضية ، وإن مهمة القاضى لاتقتصر على الفصل فى حادثة جزئية وإنما ينظر إليها كمشكلة لها مثيلاتها وآثارها الخارجية من كل الوجهات ، وهذه المدعية تزاول مهنة التدريس من مدة طويلة قبل أن يتزوج بها المدعى ،وهو أيضا مدرس وقد تزوجها وهو يعلم أنها مدرسة وذكر بوثيقة الزواج أنها مدرسة وبقيت باعترافه تزاول هذه المهنة إلى الآن ، والقرائن تدل على أنه راض بهذا العمل ، إذ لو كان غير راض به أو كان صحيحاً ما جاء بمذكرة وكيله من أنه اشترط عليها عند العقد شفوياً أن تترك هذا العمل وقبلت ذلك لمنعها فعلا أو لحاول ذلك ولظهرت آثار امتناعها عن تنفذ هذا الاتفاق ولأشير إلى أن الخلاف على هذه النقطة كان من أسباب النزاع أو هو كل سببه ولكن لم يشر بحرف واحد إلى شىء من ذلك ، على هذا لا تعتبر الآن خارجة عن إرادته باشتغالها بالتدريس ولا يسقط حقها فى النفقة بذلك ، ويكون الدفع على غير أساس ويتعين رفضه (مجلة المحاماة الشرعية س : ٢٦ ، ع : ٥ ، ٦ ص ٣٧١ — ٣٧٤)

هذه المهنة تضعفها وتنقص من جمالها فللزوج أن يمنعها ولكنها لا تعد ناشزة إذا خالفته حتى لا تسقط بذلك نفقتها ، بل يكون للزوج أن يؤدبها لعصيانها أمره كما هو الشأن فى كل الأمور التى تخالف الزوجة فيها أمر زوجها ، وهى فى بيته فإنها لا تعد ناشزة بهذه المخالفة .

٥ — أن الزوجة إذا امتنعت من الانتقال إلى بيت زوجها والدخول فى طاعته لأن الزوج لم يوفها عاجل صداقها الذى اتفقا على تعجيله أو الذى جرى العرف بتعجيله قبل الزفاف لا تسقط بذلك نفقتها ، لأن لها الحق فى هذا الامتناع فلا تعد خارجة عن طاعة زوجها .

وكذلك لو امتنعت من الانتقال إلى منزل الزوج لعدم صلاحيته للسكنى أو لأنه غير مشتمل على المرافق والأدوات الضرورية اللازمة لبيت الزوجية أو لوجود ضرتها فيه أو من لا تحب مساكنتهم من أهله ، أو امتنعت لأن الزوج غير أمين عليها وما أشبه ذلك فإنها لا تعد بذلك خارجة عن طاعة زوجها ولا يسقط حقها فى النفقة .

٦ — إذا أراد الزوج الانتقال إلى بلد آخر فامتنعت الزوجة من السفر مع زوجها وكان الزوج قد أوفاها عاجل صداقها فلا تجب لها النفقة ، لأن امتناعها عن السفر فى هذه الحالة يعتبر نشوزاً ، لأن أساس الحياة الزوجية أن تعيش الزوجة حيث يعيش الزوج ، وهذا هو ظاهر الرواية(١) .

وذهب أبو القاسم الصفار وأبو الليث السمرقندى إلى أن الزوج ليس له أن يسافر بزوجته إلى مسافة القصر(٢) أو أكثر منها بدون رضاها ، وذلك لفساد

(١) البحر الرائق لابن نجيم ج ٣ ص ١٩٢ .

(٢) وهى المسافة التى يجوز فيها قصر الصلاة الرباعية بأن يصليها ركعتين بدلا من أربع ركعات . وقدرها بعضهم بنحو ٨٥ كيلو مترا ، وقدرها بعضهم بنحو ٩١ كيلو مترا .

الزمان ولأن الغربة مظنة الإيذاء واستحسن هـذا بعض الفقهاء ، لأن الزوج يضارها ويضيق عليها بهـذا السفر فيـكون داخلا تحت النهى الوارد فى قول الله تعالى « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن »[1] .

وقد اختلفت عبارات الـكتب فى القول المفتى به ، والذى عليه المحققون من الفقهاء أن الأمر مفوض إلى القاضى فهو الذى يجب عليه تقدير الظروف والأحوال والحـكم فى كل حالة بمـا يلائمها ، فإن رأى الغرض من السفر الإضرار بالزوجة والـكيد لها لا يحـكم عليها بالسفر معه، وإن رأى أن السفر ليس للإضرار وإنما اضطرته ظروف عمله إلى الانتقال وهو مأمون عليها أجابه إلى طلبه وألزم الزوجة بالسفر معه فلو امتنعت من السفر حينئذ اعتبرت ناشزة وسقط حقها فى النفقة[2] وهذا هو ما يجرى عليه عمل المحاكم الآن .أما لجنة الأحوال الشخصية فإنها أوجبت على الزوجة السفر مع زوجها إلا إذا اشترطت عليه فى العقد غير ذلك، أو وجدت المحـكمة مانعاً من السفر ، نصت على ذلك فى المادة (٧٨) من مشروع القانون الذى وضعته.

٧ — إذا حبس الزوج فى جريمة ارتـكبها فلا تسقط نفقة زوجته عنه ، وكذلك لو كان الحبس ظلماً أو كان فى دين لزوجته ، لأن فوات الاحتباس بسبب من جهة الزوج .

ومثل هذا إذا مرض الزوج مرضاً يمنعه من مخالطة الزوجة أو كان معيباً بعيب يحول دون ذلك كالجب[3] والعنة[4] والخصاء[5] فإن الزوجة تستحق النفقة ، لأن فوات حقه فى الاحتباس بسبب من جهته .

---

(١) آية : ٦ من سورة الطلاق (٢) العناية على الهداية ج ٢ ص ٤٧١ ، البحر الرائق ج٣ص ١٩٢ ، أنفع الوسائل ص ٤٠ - ٤٢ (٣) الجب هو استئصال عضو التناسل (٤) العنة هى عدم القدرة على مباشرة النساء لمرض أو كبر سن أو غير ذلك (٥) الخصاء هو نزع الخصيتين .

تقدير النفقة وما يراعى فيه

النفقة الواجبة للزوجة على زوجها تشمل الطعام والكسوة والسكنى والخدمة وكل ما يلزم للمعيشة الزوجية حسب العرف كما تقدم وسنتكلم فى كل نوع على حدة مبتدئين بالكلام فى تقدير نفقة الطعام .

تقدير نفقة الطعام :

يرى فقهاء الحنفية أن نفقة الطعام غير مقدرة فى نفسها ، وإنما يجب للزوجة على زوجها ما يكفيها من الطعام ، وحيث كان المعروف بين الناس أن الزوجة تقيم فى بيت زوجها ، وأن يتولى بنفسه الإنفاق عليها وإحضار ما تحتاج إليه من طعام وكسوة وغيرها ، فمتى كان الزوج قائماً بهذا الواجب فليس للزوجة أن تطلب تقدير نفقة على زوجها ، أما إذا قصر فى القيام بذلك كان لها أن تطلب منه تقدير مقدار من النفقة لتتولى هى الإنفاق منه على نفسها فإن أبى رفعت الأمر إلى القاضى فإن ثبت له تقصير الزوج فى الإنفاق فرض عليه النفقة وأمره بأدائها إلى زوجته .

والنفقة التى يقررها الزوج على نفسه أو يفرضها القاضى عليه يصح أن تكون أصنافاً من الطعام كالخبز واللحم والخضر وما يستلزمه طعامها ، ويصح أن تكون نقودا لتنفق منها على نفسها ، وهذا ما تسير عليه المحاكم الآن ، لأنه أضبط وأيسر .

ويراعى فى تقدير النفقة ما يأتى :

١ — أن تكون فى مقدارها كافية للزوجة مع مراعاة حالة الزوج المالية يساراً وفقراً بقطع النظر عن كون الزوجة غنية أو فقيرة ، فإن كان الزوج موسراً وجبت عليه نفقة الموسرين ولو كانت زوجته فقيرة ، وإن كان فقيراً وجب عليه

ما يستطيعه مهما كانت حالة زوجته ، كذلك لو كان الزوج غنياً أول الأمر ثم افتقر فلا يلزم إلا بما يستطيعه ، وإن كان متوسط الحال فالواجب عليه نفقة وسط بين نفقة الموسرين والمعسرين .

وهذا ما يجرى عليه العمل الآن فى المحاكم تطبيقاً للمادة (١٦) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ونصها « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة » وهو مأخوذ من مذهب الشافعى ومن قول صحيح فى مذهب الحنفية(١) وتؤيده النصوص الشرعية إذ هو صريح قول الله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها »(٢) وقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حق الأزواج « أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون » .

وأيضاً فإن الزوجة بتزوجها المعسر قد رضيت بالنفقة التى يقدر عليها وهى نفقة الإعسار ، ولو كانت موسرة .

---

(١) وهناك قولان آخران فى مذهب الحنفية (أحدهما) أنه يعتبر فى تقدير النفقة حال الزوجين معا فإن كانا موسرين فالواجب نفقة اليسار ، وإن كانا معسرين فالواجب نفقة الإعسار وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فالواجب نفقة وسط بين نفقة الموسرين والمعسرين ولكن إذا كان المعسر هو الزوج وجب عليه أداء ما يستطيعه وما زاد على ذلك يكون ديناً عليه يطالب به إذا أيسر . وقد كان العمل قبل صدور القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجرى على هذا القول ، وثانيهما يعتبر فى تقدير النفقة حال الزوجة وحدها يساراً وإعساراً ، فالواجب لها نفقة اليسار إن كانت موسرة ، ونفقة الإعسار إن كانت معسرة والوسط بين ذلك إن كان حالها وسطاً سواء كان زوجها غنياً أم فقيراً ، وقد نقل هذا الرأى صاحب الخانية وقال أنه ضعيف .

(٢) آية : ٧ من سورة الطلاق .

٢ – أن يتبع فى فرض النفقة ماهو الأيسر والأسهل على الزوج فى الدفع فإن كان عاملا يشتغل باليومية قدرت قدرت النفقة عليه يوما فيوما ، وإن كان يأخذ أجرته بالأسبوع كالصناع الدين لايقبضون أجرهم إلا نهاية الأسبوع قدرت عليه كل أسبوع . وإن كان يأخذ أجره كل شهر كأصحاب المرتبات فرضت عليه كل شهر ، وإن كان من أهل الزراعة قدرت عليه حسب مواسم الحصاد .

والجارى عليه العمل الآن فى المحاكم فرض مقدار من النقود لطعام الزوجة ومسكنها كل شهرومقدار آخر لبدل كسوتها كل ستة أشهر على اعتبار أنها تحتاج فى السنة إلى كسوتين واحدة للصيف وأخرى للشتاء ، وبعض القضاة يفرض مبلغاً شهرياً لطعامها وكسوتها وسكنها بدون تفصيل مراعياً أن مايفرضه كفاية فى الأنواع الثلاثة حسب حال زوجها .

٣ – حال الأسعارغلاء ورخصاً حين الفرض وأحوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الأوقات والأماكن ، ويتغير الفرض والتقدير تبعاً لتغير الأسعار وتغير حال الزوج ، فإن حسنت حال الزوج ، أو ارتفعت الأسعار كان للزوجة المطالبة بزيادة مافرض لها تبعاً لهذا الطارىء الجديد ، وإن ساءت حال الزوج أو انخفضت الأسعار عما كان حين الفرض كان له أن يطلب تخفيض النفقة (١)

وإذا قدر القاضى النفقة على الزوج ، ثم تبين بعد الحكم أن المفروض كثير أو قليل بالنسبة لحال الزوج المالية عدل المفروض بما يتناسب مع حال الزوج إذا طلب منه ذلك من يعنيه الأمر من أحد الزوجين .

الكسوة

كسوة الزوجة واجبة على زوجها من وقت العقد الصحيح متى توافرت

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٦٩

شروط وجوب النفقة . فيجب على الزوج أن يقوم بكسوة زوجته وإحضار ماتحتاج إليه من الثياب بما يتناسب مع حالته المالية ومنزلته الاجتماعية ، ويجب أن يراعى فى ذلك كفاية الزوجة وما يجرى به عرف البلد الذى يعيشان فيه وطبيعة جوّه .

وقد نص الفقهاء على أن الواجب الأصلى كسوتان فى كل سنة ، إحداهما للصيف والأخرى للشتاء ، ولايجب غيرهما إلا إذا ثبت عدم كفايتهما ، وإذا امتنع الزوج عن أداء الكسوة بنفسه كان للزوجة أن ترفع الأمر للقاضى ، فإذا تحقق عنده تقصير الزوج فى ذلك فرض لها قدراً معيناً من المال فى مقابل الكسوة فى كل ستة أشهر أو فرض لها قدراً معيناً كل شهر مع نفقة الطعام .

المسكن

ويجب على الزوج أن يعد لزوجته المسكن المستوفى للشروط الشرعية لقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » فإذا أعد الزوج هذا المسكن وجب على الزوجة الإقامة فيه ، وإذا امتنعت بدون مبرر شرعى كانت ناشزة وسقط حقها فى النفقة ، وإن لم يهيء الزوج لزوجته مسكناً شرعياً يصلح لسكنى الزوجة فرض لها القاضى أجرة مسكن إذا طلبت الزوجة ذلك ، ويراعى القاضى فى فرض أجرة المسكن حال الزوج المالية وأجور المساكن .

ولا يكون المسكن الذى يعده الزوج لزوجته شرعياً إلا إذا توافرت فيه الأمور الآتية :

١ — أن يكون ملائماً لحال الزوج المالية ، فإذا كان مثله يسكن فى منزل مستقل وجب إسكانها فيه كيفما كانت حالتها ، وإذا كان مثله يسكن فى دور أو شقة وجب عليه أن يسكنها فى ذلك ، وإذا كان مثله يسكن فى حجرة كان المسكن الشرعى لزوجته حجرة تأمن فيها على نفسها ومتاعها .

٢ — أن يكون مشتملا ، على كل مايلزم للسكنى من أثاث وفراش وآنية وجميع الأدوات المنزلية اللازمة ، وأن يكون مشتملا على المرافق الضرورية اللازمة للسكنى من دورة مياه ومطبخ ومنشر ويجب أن تكون تلك المرافق خاصة بالسكن بحيث لا يشترك فيها أحد من أهل المساكن الأخرى إلا إذا كان الزوج فقيراً من الذين يسكنون الربوع والحيشان التى تكون مرافقها مشتركة فحينئذ لايمنع ذلك الاشتراك أن يكون المسكن شرعياً .

٣ — أن يكون المسكن خاليا من سكن الغير ولو كان من أهل الزوج وأولاده من غيرها إلا إذا كان ولده من غيرها صغيراً غير مميز ، لأن راحة الزوجة فى السكن حق من حقوقها ، وسكنى الغير معها يضايقها ويقيد حريتها ويمنعها من تمام المعاشرة مع زوجها ، وقد لاتأمن على نفسها أو مالها منه .

وإذا كان المسكن حجرة من شقة وكان فى الشقة نفسها حجرة أخرى تسكنها ضرة الزوجة لايكون مسكناً شرعياً ، لأن اجتماعها مع ضرتها فى شقة واحدة إضرار بها وهو لايجوز .

أما إذا كان المسكن حجرة من دار بها عدة حجر ولكل حجرة مرافقها الخاصة بها ، أو كان شقة فى منزل به عدة شقق وكانت ضرتها تسكن فى إحدى هذه الحجر أو الشقق فهل يكون مسكنا شرعياً أولا يكون ؟ اختلفت عبارات كتب الفقه الحنفى فى ذلك ، فبعض هذه العبارات يفيد أنه يكون مسكنا شرعياً إلا إذا كانت الزوجة معرضة لأذى ضرتها ، وبعضها يفيد أنه لايكون مسكنا شرعياً ، وهو المعقول لأن قرب الزوجة من ضرتها مظنة الإيذاء بل أن مجرد وجود الضرة إيذاء لها .

فإن كان الذى يسكن فى تلك الحجرة أو الشقة أقارب الزوج كأمه وابنته

وأخته فإن المسكن يكون شرعياً إلا ذا ثبت أن أقرباء الزوج يؤذون الزوجة بالقول أو الفعل . (١)

وإذا كان المسكن فى ذاته شرعياً بأن كان خاصاً مستوفياً جميع المرافق ولكنه فى مكان منقطع موحش مخيف كان على الزوج أن يحضر للزوجة خادماً كبيرة أو امرأة أخرى تؤنسها أو ينقلها إلى مسكن تطمئن فيه على نفسها ومالها (٢) .

هذا وليس للزوجة أن تسكن معها أحداً من أهلها وأولادها من غير الزوج ، ولو كان صغيراً غير مميز إلا إذا رضى الزوج بذلك ، لأن منافع البيت مملوكة له فلا يشاركه أحد فيها إلا برضاه .

نفقة الخادم

إذا كان الزوج موسراً وزوجته ممن لايخدمن أنفسهن فى بيوت آبائهن كان على الزوج أن يحضر لها خادماً وتكون نفقته عليه ، لأن نفقة الخادم من توابع نفقة الزوجية ، فإن امتنع عن إحضار خادم فرض لها القاضى أجراً لخادمها ، أما إذا كان الزوج معسراً لايقدر على أجرة الخادم فلا يجب عليه إحضار خادم لزوجته ولا يكلف بنفقته، لأن الواجب عليه فى هذه الحالة نفقة الضرورة ، والخادم ليس ضرورياً ، وعلى الزوجة أن تقوم بخدمة نفسها ما استطاعت . وكذلك لو كانت الزوجة من فئة تخدم نفسها فلا يجب على الزوج إحضار خادم لها ، وإن كان الأولى أن يحضر لها خادما لما فيه من تخفيف أعباء البيت وشئونه عن الزوجة .

ولو كان لها خادم فلا يجوز للزوج أن يخرجه ويستبدل به خادماً آخر لأن الزوجة قد لاتطمئن إلا إلى خادمها ، إلا إذا كان لايصلح للخدمة أو كان غير أمين فإن للزوج أن يستبدل به خادماً أميناً من غير توقف على رضا الزوجة

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٨١

(٢) المصدر المتقدم ص ٤٨٤

وإذا احتاجت الزوجة إلى أكثر من خادم واحد فعند أبى حنيفة ومحمد لا يجب على الزوج إلا نفقة خادم واحد ، لأن الزيادة عليه من باب الترف الذى لا يلزم الزوج ، وقال أبو يوسف : يجب عليه نفقة خادمين أو أكثر متى كان موسراً وثبتت الحاجة إلى ذلك ، ورأى أبى يوسف هو الموافق للعرف السائد الآن بين الناس ، وهو المفتى به فى المذهب ، وفى فتح القدير(١) « لو كان له أولاد لا يكفيهم خادم واحد تفرض عليه النفقة لخادمين أو أكثر اتفاقا » .

امتناع الزوج عن الإنفاق والحبس فى دين النفقة :

إذا امتنع الزوج عن أداء ما فرضه لزوجته على نفسه أو ما فرضه القاضى فإن كان موسراً وله مال ظاهر باع القاضى من ماله جبراً عليه وأعطى الثمن لزوجته لتنفق منه على نفسها ، وإن لم يكن له مال ظاهر مع ثبوت يساره وطلبت الزوجة حبسه أجاب القاضى طلبها وقضى بحبسه ، وهذا الحبس عقوبة له جزاء له على مماطلته ، وليكون دافعا له على الإنفاق على زوجته ، وليس للحبس مدة مقدرة ثابتة ، لأن الغرض من الحبس حمله على أداء النفقة وإكراهه عليه ، وذلك يختلف باختلاف الناس ، وتقدير المدة يرجع فيها إلى القاضى على حسب ما هو مقرر فى الفقه الحنفى ، وقد روى عن أبى حنيفة أن أدنى مدة الحبس شهر وأقصاها ثلاثة أشهر .

والمعمول به الآن أنه إذا حكم على شخص حكماً نهائيا بنفقة زوجية أو قرابة أو أجرة رضاع أو حضانة فامتنع عن أدائها كان للمحكوم لها بذلك أن ترفع الأمر إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو إلى المحكمة التى بدائرتها محل التنفيذ طالبة حبسه ، ومتى ثبت لدى المحكمة أن المحكوم عليه قادر على القيام

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٢٩ وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٧٢ .

بما حكم به أمرته بالأداء فإن لم يمتثل حكمت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوما ، فإن أدى المحكوم عليه بالحبس المطلوب منه ، أو أحضر كفيلا أخلى سبيله ، وإذا نفذ عليه حكم الحبس ولم يدفع المبلغ الذى حبس من أجله فلا يسقط شيء مما حكم به فلصاحبه الحق فى الحصول عليه بما تيسر له من طرق التنفيذ الاعتيادية[1] ولا يحبس فى الدين الواحد أكثر من مرة .

ولا يجوز حبس الكفيل الذى قدمه المحكوم عليه ولكن ينفذ حكم النفقة فى ماله بالطرق الاعتيادية بدون حاجة إلى الحكم عليه بالتنفيذ متى كانت الكفالة صادرة أمام موظف رسمى[2] .

وإذا كان المحكوم عليه بالنفقة محجوراً عليه فالمطالب بأدائها وليه فى المال فإن امتنع عن الأداء حكم بحبسه متى كان للمحجور عليه مال يمكن الاستيفاء منه[3] .

أما إذا كان الزوج معسراً لا يملك شيئاً وليس له كسب وطلبت الزوجة حبسه لامتناعه عن أداء النفقة إليها فلا يجيبها القاضى إلى ذلك متى ثبت لديه

---

(١) نصت المادة ٣٤٧ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على ما يأتى « إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى تثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما ، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا فإنه يخلى سبيله ، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » الدليل المرشد صـ ٣٦٥ .

(٢) شرح لائحة الاجراءات الشرعية لأحمد قمحة وعبد الفتاح السيد صـ ٥٠٨

(٣) المصدر السابق صـ ٥٠٩ .

إعساره وعدم قدرته على الأداء لأن الحبس لدفع ظلمه بامتناعه عن النفقة مع القدرة ولا ظلم إذا امتنع لعجزه وعدم قدرته على الأداء ، ولأن حبسه لا يفيد ما يفيده حبس الزوج الموسر وهو إكراهه على إظهار ماله وأداء ما وجب عليه وللقاضى أن يأذن للزوجة فى الاستدانة عليه إذا طلبت ذلك .

وفائدة الإذن بالاستدانة تظهر فى أمرين :

الأول : أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو الزوجة ، وبدون الإذن بالاستدانة لا يكون لرب الدين أن يرجع على الزوج بل يرجع عليها وهى ترجع على الزوج .

والثانى : أن النفقة المستدانة لا تسقط بموت أحد الزوجين على القول الصحيح فى مذهب الحنفية لأن القاضى لما أذنها بالاستدانة كانت استدانتها كاستدانة الزوج بنفسه ، وإذا استدانها الزوج بنفسه لم تسقط بالموت فكذلك إذا استدانتها بإذن القاضى (١) .

وإذا لم يكن مع الزوجة ما تنفق منه أو لم تجد من تستدين منه كان على من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة كأبيها أو أخيها أن يعطيها ما قرره القاضى ويكون ذلك ديناً على الزوج يرجع عليه به إذا أيسر ، وإذا امتنع من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة من إعطائها النفقة مع قدرته على ذلك جاز للقاضى — بعد أن ينذره ويهدده — أن يحكم بحبسه حتى يعطيها ما تنفق منه .

وإذا طلبت زوجة المعسر من القاضى أن يفرق بينها وبين زوجها لإعساره وعجزه عن النفقة فلا يجيبها إلى طلبها عند الحنفية ، لأن إعسار الزوج ليس مسوغاً

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٣١ — ٣٣٢ .

للتفريق بين الزوج وزوجته ، إذ العسر عرض لا يدوم ، والمال غاد ورائح ، ولأن التفريق ضرر بالزوج لا يمكن تداركه أو علاجه ، أما عدم الإنفاق فهو ضرر بالزوجة يمكن علاجه بالاستدانة على الزوج فيرتكب أخف الضررين .

وقال الشافعى ومالك وأحمد : للقاضى أن يفرق بين الزوج وزوجته لإعساره وعجزه عن النفقة

ومذهب الحنفية هو الذى كان معمولا به قبل صدور القانون رقم ٢٥ ١٩٢٠ أما بعد صدور هذا القانون فإن للزوجة الحق فى طلب التفريق إذا عجز الزوج عن الإنفاق عليها أو امتنع عنه مع قدرته على ذلك عملا بمذهب غير الحنفية ، وسيأتى تفصيل ذلك فى الكلام عن التفريق الذى يملكه القاضى .

نفقه زوجة الغائب :

المراد بالغائب من تعذر إحضاره إلى مجلس القضاء لسؤاله عن الدعوى ، بعيداً كان أو قريباً ، ولو كان مختفياً فى البلد الذى توجد فيه زوجته ، وأما إذا كان يسهل إحضاره إلى مجلس القضاء فلا يعتبر غائباً .

والذى يجرى عليه العمل الآن بالنسبة للغائب أنه إذا كان له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة نفذ حكم النفقة فيه سواء كان هذا المال من جنس النفقة أو من غير جنسها ، ويبدأ بالتنفيذ على النقود الموجودة عيناً ثم على المنقولات ثم على العقار عند عدم وجود منقولات أو عدم كفاية ثمنها . ولا يجوز بيع منزل السكنى . وإن لم يكن له مال ظاهر وطلبت الزوجة تطليقها منه فإن القاضى يطلقها على التفصيل الذى سنذكره فى التطليق للغيبة .

وإذا عاد الزوج الغائب من غيبته كان له أن يعارض فى الحكم أو يدفع

دعوى الزوجة بما يبطلها ، وذلك كأن يدفعها بأنها مطلقة انقضت عدتها أو أنها ناشزة لا تستحق النفقة أو أنه عجل لها النفقة قبل غيبته ، فإن أثبت مادفع به بالبينة نقض الحكم وكان له الرجوع على زوجته أو كفيلها بما أخذته من ماله بغير حق.

وهذا الذى قررناه لم يكن هو المعمول به قبل سنة ١٩٢٠ وإنما كان المعمول به هو القول الراجح فى مذهب الحنفية ، وخلاصة مذهبهم فى ذلك :

أن الغائب إذا كان له مال ظاهر من جنس ما تقدر به النفقة كالغلال والنقود وكان هذا المال تحت يد الزوجة كان لها أن تأخذ منه ما يكفيها بالمعروف من غير حاجة إلى قضاء القاضى ، لما رواه البخارى وغيره عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهند امرأة أبى سفيان ، وقد شكت إليه شح زوجها : خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف »[١] .

أما إذا كان هذا المال ليس فى يد الزوجة بل فى يد غيرها بأن كان وديعة عند أحد أو دينا فى ذمة أحد أو حقاً فى وقف تحت يد ناظره ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضى ليفرض لها نفقة على زوجها ويأمر من عنده المال بأداء المفروض لها فإن كان الذى عنده المال مقرا به ومعترفا بالزوجية أو كان القاضى عالماً بالزوجية وبما عند المودع أو المدين أو الناظر من المال فرض لها النفقة وأمر من عنده المال بأدائها إليها بعد أن يستوثق للغائب ويحتاط لحفظ حقه خشية أن تكون المرأة كاذبة فى دعواها أو غير محقة فيها ، فيستحلفها اليمين — وتسمى يمين الاستيثاق — أن زوجها لم يعجل لها النفقة وأنها ليست ناشزة ولا مطلقة قد انتهت عدتها ثم يأخذ منها كفيلا بالنفقة حتى إذا عاد الزوج وتبين أنها لم

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٣٦ .

تـكن مستحقة لما أخذته من مال رجع عليهـا أو على الـكفيل بمـا أخذته بدون حق ، وإن امتنعت عن حلف اليمين أو عن تقديم الـكفيل لا يحكم القاضى بفرض نفقة لها على زوجها الغائب .

وإن كان عنده المال منـكراً له أو للزوجية أو لهما معا وكان القاضى لا يعلم ما أنـكره فعلى القول المفتى به فى مذهب الحنفية — وهو قول زفر — تسمع الدعوى من الزوجة ، فإذا أثبتت ما أنـكره من عنده المـال حكم لهـا القـاضى بالنفقة على زوجها الغائب ، وأمر من بيده المال أن يؤدى ذلك إليهـا من المـال الذى تحت يده ، ولا يحكم لها بزوجيتهـا للغائب بل يكتفى بفرض النفقة لهـا بعد أن يستوثق للغـائب بتحليف الزوجة اليمين وأخذ الـكفيل منهـا كما قدمنـا ، لأن فى ذلك محـافظة على حق الزوجة وصيانة لهـا واحتيـاطـا لدفع الضرر عن الزوج الغائب .

وإن كان للغـائب مال ظـاهر ولـكنه من غير جنس النفقة كالأراضى والبيوت فرض لهـا القاضى النفقة ، وأذن لهـا فى استيفـاء المفروض من أجرة ما يؤجر منها ، ولا يباع شىء من ذلك على الغائب باتفاق أئمة المذهب ، أما عند أبى حنيفة فلأنه لا يباع مال المدين الحاضر جبراً عنه اسداد دينة إذا أمتنع عن أدائه وإنما يحبس حتى يؤدى دينه فمن باب أولى لا يباع مال الغائب لسداد دينه ، وأما عند الصـاحبين فلأنهمـا لا يجيزان بيع مال المدين جبراً عنه إلا إذا امتنع عن أداء ما عليه ، والغائب لا يعرف امتناعه حتى يجوز أن يباع ماله لسداد ديونه .

وإذا لم يكن للغائب مال أصلا فرفعت الزوجة أمرها إلى القاضى ليفرض لها نفقة ويأمرها بالاستدانة على الزوج فرض لهـا النفقة عليه وأذن لهـا فى

الاستدانة فإن لم تجد من تستدين منه أمر القاضى من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بأدائها ، فإن امتنع عن إدائها وكان قادراً حبسه القاضى حتى يمتثل لأمره ، ويحتاط القاضى لحق الغائب فيستحلف الزوجة ويأخذ منها كفيلا كما قدمنا .

ولو طلبت زوجة الغائب حينئذ تطليقها منه لإعساره وعجزه عن النفقة فلا يجيبها القاضى إلى طلبها عند الحنفية ، لأن إعسار الزوج ليس مسوغاً لتطليق الزوجة سواء كان الزوج حاضراً أم غائباً . ويرى مالك والشافعى وأحمد أن للزوجة طلب التفريق ، وإذا طلبت أجابها القاضى إلى طلبها كما قدمنا .

متى تعتبر النفقة دينا على الزوج

لاخلاف بين الفقهاء فى أن نفقة الزوجة تجب على زوجها من حين العقد متى توافرت الشروط التى تقدم بيانها وإنما الخلاف بينهم فى وقت اعتبارها ديناً فى ذمة الزوج وفى قوة ذلك الدين ، فقال مالك والشافعى وأحمد : إنها تصير ديناً فى ذمة الزوج بمجرد وجوبها وامتناع الزوج عن أدائها إلى الزوجة وإذا صارت ديناً كانت دينا قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كسائر الديون فلا تسقط بمضى المدة ولا بنشوز الزوجة ولا بالطلاق ولا بالموت .

وحجتهم فى ذلك : أن النفقة عوض أوجبه الشارع بمقتضى العقد فى مقابل احتباس الزوجة لمنفعة الزوج وقيامها على شئون البيت ومصالحه ، وإذا كانت النفقة عوضاً فإنها تكون دينا كسائر الديون من وقت استحقاقها ككل أجرة وعوض .

وقال الحنفية : إن النفقة لاتعتبر ديناً فى ذمة الزوج إلا إذا تراضى الزوجان عليها أو حكم بها القاضى ، أما إذا لم يتراض الزوجان عليها ولم يحكم بها القاضى

فإنها لاتكون دينا فى ذمة الزوج ، فلو تم العقد ومضت مدة شهر فأكثر لم ينفق الزوج فيها على زوجته وأنفقت على نفسها من مالها أو من مال غيرها بطريق الاستدانة فإن هذه النفقة لاتكون ديناً على الزوج فليس لها أن تطالبه بنفقة تلك المدة ، أما إذا كانت المدة الماضية أقل من شهر فللزوجة أن تطالب زوجها بنفقتها فى تلك المدة ، لأن هذه المدة القصيرة يصعب الاحتراز عنها ، إذ لابد من مضى مدة لكى تتمكن الزوجة من التراضى مع زوجها على النفقة أومقاضاته فيهافيكون الحكم بسقوط النفقة فى تلك الفترة إجحافاً بالزوجة .

وإذا تراضى الزوجان على النفقة أو حكم بها القاضى فإنها تصير دينا على الزوج لكن إذا مضت مدة بعد القضاء أو الرضا لم يقم الزوج فيها بالإنفاق على زوجته تنفيذاً للحكم أو التراضى فإن مايتجمد منها لايكون ديناً قوياً بحيث لايسقط إلا بالأداء أو الأبراء وإنما يكون دينا ضعيفاً فيسقط بما يسقط به الدين القوى وهو الأداء أو الإبراء ويسقط أيضاً بنشوز الزوجة وخروجها عن طاعة زوجها وبموت أحد الزوجين ، ولا تصير دينا قوياً إلا إذا أذنها الزوج أو القاضى بالاستدانة واستدانتها بالفعل .

وحجتهم فى ذلك : أن نفقة الزوجية لها شبهان : شبه بالعوض وشبه بالصلة التى هى عطاء من غير عوض ، فهى ليست عوضاً من كل وجه وليست صلة من كل وجه ، أما شبهها بالعوض فمن ناحية أنها جزاء احتباس الزوجة لحق زوجها وقيامها بشئون والبيت ورعاية الأولاد ، وأما شبهها بالصلة فمن ناحية أن المنافع التى تترتب على الاحتباس وقيام الزوجة بهذه الأمور لاتعود على الزوج وحده بل تعود عليهما جميعا فيكون واجبا عليها فلا تستحق به شيئا على الزوج . فلشبهها بالصلة قالوا : إنها تسقط بمضى المدة من غير قضاء ولا تراض من الزوجين

كنفقة الأقارب ، ولشبهها بالعوض قالوا : إنها تصير دينا فى ذمة الزوج إذا قضى بها القاضى أو تراضيا عليها ، لأن ولاية الزوج على نفسه أقوى من ولاية القاضى عليه (١) .

وقد كان العمل فى المحاكم يسير على مذهب الحنفية إلى أن رئى العدول عنه والأخذ بمذهب الأئمة الثلاثة فى هذا الموضوع ، رعاية لمصلحة الزوجات اللاتى يمتنع أزواجهن من الإنفاق عليهن زمنا طويلا ويحتالون بالوعود الكاذبة لتأخير رفع دعوى النفقة ، فإذا رفعت عمدوا إلى المماطلة والتسويف وإبداء الدفوع الاحتيالية لتأخير الفصل فى القضية اعتماداً على أن النفقة تسقط فى المدة الماضية بمضى شهر فأكثر ، وصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فنص فى مادته الأولى على أنه « تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما ديناً فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء » ونص فى مادته الثانية على أن « المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق ».

وبهذا القانون أصبحت نفقة الزوجة التى سلمت نفسها للزوج حقيقة بأن ذهبت إلى منزل الزوجية ، أو حكماً بأن أظهرت استعدادها لطاعته دينا فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق من غير توقف على القضاء أو الرضا ، وللزوجة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ولو كانت أكثر من شهر إذا ادعت أن زوجها تركها بلا نفقة مع وجوب الإنفاق عليها فى هذه المدة طالت أو قصرت ، ومتى ثبت ذلك بطريق من طرق الإثبات حكم لها بما طلبت، وما تجمد من النفقة فى الماضى وما يتجمد فى المستقبل يصير ديناً صحيحاً كسائر

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٣٢

الديون لا يسقط بالنشوز الطارىء ولا بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق ولو كان خلعاً ، فللمطلقة مطلق الحق فيما يتجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية إلا إذا جعلته عوضاً عن الطلاق أو الخلع ، وبذلك استقرت حقوق الزوجات فى النفقة واطمأنت كل واحدة منهن إلى بقاء حقها فى النفقة مهما طال أمد النزاع أمام القضاء ، ولم يبق للأزواج مصلحة فى تأخير الفصل فى قضايا النفقات .

غير أنه بعد تطبيق هذه الأحكام تبين أن فتح الباب على مصراعيه أمام الزوجات للمطالبة بالنفقة عن مدة ماضية مهما طال الزمن قد أغرى بعض من لا خلاف لهن من الزوجات إلى إرهاق الأزواج وإعناتهم ، وذلك بسكوتها عن المطالبة بالنفقة مدة طويلة ثم تطالب بها دفعة واحدة فيقع الزوج فى الحرج والضيق ، وأن منهن من عمدت إلى ادعاء الامتناع عن الإنفاق عليها كذباً من وقت طويل فوضع المشرع لعلاج هذا الحاله الفقرة السادسة من المادة (٩٩) من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونصها : ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

وتعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من يوم قيدها فى الجدول العمومى ، كما تنص على ذلك المادة (٥٩) من القانون المذكور (١)

وبهذا امتنع سماع الدعوى بالنفقة عن مدة ماضية تزيد على ثلاث سنين ميلادية تنتهى بتاريخ رفع الدعوى ، أما المطلقة فلا تسمع دعواها بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق عملا بالمادة (١٧) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كما سيأتى :

---

(١) الدليل المرشد لمحمد الغريب ص ٣٣٦ ، ٣٤٠ .

ونرى — كما يرى كثير من الباحثين — أن تحديد المدة بثلاث سنين لم يعالج المسألة علاجا ناجعاً لأن هـذه المدة كفيلة بإرهاق كثير من الأزواج واستنفاد ثروتهم خصوصاً إذا كان مقدار النفقة المحكوم به كبيراً ، وكان ينبغى لرفع الحرج عن الأزواج والقضاء على الادعاءات الباطلة ممن لا خلاق لهن من الزوجات أن تقدر المدة بما لا يزيد على ستة أشهر أو سنة على الأكثر ، ولا ضرر فى هذا على الزوجة لأن التحديد نفسه باعث لصاحب الحق على المطالبة بحقه قبل فوات الوقت المحدد لطلبه ، ومن النادر أن تسكت المرأة عن المطالبة بنفقتها مدة تزيد على سنة إلا إذا كانت تبغى أمراً سيئاً من وراء هذا السكوت .

وقد لاحظ هذا واضعوا القانون فى سوريا فحددوا هـذه المدة بأربعة أشهر ، ونصت الفقرة الثانية من المادة (٧٨) من قانون الأحوال الشخصية الصادر فى ١٩٥٣/٩/١٧ والمعمول به الآن على أنه « لا يحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للادعاء » .

أما لجنة الأحوال الشخصية فإنها حددت هذه المدة بسنة شمسية ، فنصت فى الفقرة الثانية من المادة (٧٢) على ما يأتى :

« ولا تسمع الدعوى بنفقة الزوجية عن مدة ماضية تزيد على سنة شمسية نهايتها تاريخ رفع الدعوى » ما لم تكن مفروضة بالتراضى » .

تعجيل النفقة :

إذا عجل الزوج لزوجته النفقة عن مدة مستقبلة ثم حصل فى أثناء المدة ما يوجب سقوط النفقة كنشوز الزوجة أو موت أحد الزوجين فليس للزوج أو لورثته أن يسترد شيئاً من النفقة المعجلة سواء كانت قائمة أو مستهلكة ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن النفقة وإن كانت واجبة جزاء الاحتباس إلا أن فيها شبهاً بالصلة والهبة ، والزوجية من موانع الرجوع فى الهبة .

وقال محمد والشافعى : للزوج أو لورثته أن يسترد نفقة المدة الباقية إن كانت قائمة أو مستهلكة أما إذا هلكت فلا يسترد منها شيئاً ، لأن الزوجة أخذت النفقة جزاء احتباسها فى تلك المدة ، وقد فات الاحتباس فى المدة الباقية فلا تستحق فى مقابلها شيئاً من النفقة ، فيلزمها أن ترد ما يقابل نفقة هذه المدة ، والفتوى فى مذهب الحنفية على القول الأول ، وهو مايجرى عليه العمل فى المحاكم ، وكان مقتضى الأخذ بمذهب الشافعى فى اعتبار النفقة ديناً صحيحاً من وقت وجوبها على الزوج أن يؤخذ برأيه فى هذه المسألة أيضاً ، فيكون للزوج أن يسترد ما عجله من النفقه بمقدار ما يقابل المدة الباقية ولكن التعليمات التى أصدرتها وزارة الحقانية إلى المحاكم بعد صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تقضى بقصر الأمر على ما نص عليه فى هذا القانون ، واعتبرت ما عدا الحكمين اللذين شملهما القانون خاضعاً للرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة .

والمسائل المستثناة يوقف فيها عند النص فيكون الحكم فى هذه المسألة خاضعاً للرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة فلا يحق للزوج أن يسترد ما يقابل المدة الباقية .

وعلى هذا سارت أحكام محاكم الأحوال الشخصية فقضت محكمة المنيا فى ٢٠ / ٤ / ١٩٣٦ بأن النفقة المعجلة تعتبر صلة فلا يجوز الرجوع فيها ما دامت قد دفعت بالرضا والاختيار (١) .

الإبراء من دين النفقة :

إذا تجمد للزوجة على زوجها نفقة عن مدة ماضية ، وكانت مفروضة بقضاء القاضى أو تراضى الزوجين صح إبراء الزوجة زوجها من هذه النفقة ، لأنها دين ثابت فى ذمة الزوج ، والإبراء يكون عما هو ثابت فى الذمة .

---

(١) القضاء الجزئى ص ١٧٣ .

أما إذا كانت النفقة غير مفروضة بقضاء أو تراض فلا يصح الإبراء عنها عند الحنفية لأنها لم تثبت ديناً فى ذمة الزوج ، والإبراء لا يكون إلا عما هو ثابت فى الذمة .

وعند الأئمة الثلاثة ، وهو المعمول به الآن يصح الإبراء عنها ، لأنها تصير ديناً فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه عليه سواء كانت مقررة بالقضاء أو التراضى أم غير مقررة .

الإبراء عن النفقة المستقبلة :

وأما النفقة المستقبلة فلا يصح الإبراء عنها ، لأن الإبراء إسقاط لدين وجب الوفاء به ، والنفقة المستقبلة لم تجب بعده فلا تكون دينا فلا تقبل الإبراء ، غير أنه يصح أن تبرىء الزوجة زوجها من النفقة المستقبلة عن مدة واحدة من المدة التى قررت فيها النفقة ، وهى المدة التى بدأت بالفعل ووجب فيها تنجيز النفقة حسبما تقرر بالقضاء أو التراضى ، فإذا فرضت النفقة شهرية ، وبدأ الشهر فإنه يصح الإبراء من نفقة هذا الشهر لتحقق وجوبها ، إذ النفقة يجب تنجيزها فى أول المدة ، ولا يصح الإبراء من نفقة الأشهر التى بعده لأنها لم تجب بعد ، وكذلك الحكم إذا قدرت النفقة يومية أو أسبوعية أو سنوية ، فإن الإبراء يصح عما وجب تنفيذه من ذلك ، وهو نفقة اليوم أو الأسبوع أو السنة التى بدأت فعلا ، ولا يصح فيما وراء ذلك ما لم تبدأ مدته لعدم وجوبه .

ويستثنى من ذلك الإبراء من نفقة العدة فى الخلع فإنه صحيح وجائز كما صرح به الفقهاء ، وعللوا ذلك بأن الإبراء هنا فى مقابلة عوض هو تخلص الزوجة من

عقدة الزواج فيعتبر الإبراء استيفاء للنفقة قبل وجوبها ، وهو جائز ، أما فى غير الخلع فالإبراء إسقاط محض ، وإسقاط الشىء قبل وجوبه لا يصح .

المقاصة بدين النفقة :

إذا كان للزوج دين فى ذمة زوجته كثمن مبيع أو قرض وتجمد للزوجة على زوجها قدر من المال فى نظير نفقتها وأراد أحدهما إسقاط ما عليه فى نظير ماله بطريق المقاصة بين الدينين فالحكم فى هذا على مقتضى مذهب الحنفية أنه إذا كان دين النفقة صحيحاً بأن كان مستدانا بأمر القاضى أو برضا الزوج صح لأى واحد من الزوجين أن يطلب المقاصة ، وليس للآخر الحق فى الامتناع من ذلك لتساوى الدينين فى القوة .

أما إذا كان دين النفقة غير صحيح بأن لم يكن مستدانا بأمر القاضى أو برضا الزوج فإن دين الزوج يكون أقوى من دين الزوجة ، لأن دينها يسقط بالموت أو بالنشوز ، ومن المقرر أن الدينين إذا لم يتساويا فى القوة لايجاب صاحب الدين الضعيف إلى طلب المقاصة إلا إذا رضى الطرف الآخر ، وعلى هذا لو طلبت الزوجة المقاصة لا تجاب إلى طلبها إلا إذا رضى الزوج بذلك ، لأن دينها أضعف من دينه ، ولو طلب الزوج المقاصة أجيب إلى طلبه ، لرضاه بذهاب دينه القوى فى دينها الضعيف وليس للزوجة الحق فى الامتناع عن المقاصة .

والمعمول به الآن ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة : أن دين النفقة دين صحيح كسائر الديون لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ولو لم تفرض هذه النفقة بالقضاء أو التراضى ، فيكون الدينان متساويين فى القوة ، ومقتضى ذلك أن تجرى المقاصة بينهما إذا طلب أحدهما ذلك سواء كان الذى طلب المقاصة هو الزوج أم الزوجة وليس للآخر الحق فى الامتناع عن ذلك ، لاستواء الدينين فى القوة

ولـكن ينبغى أن يلاحظ أنه قد يكون فى طلب الزوج المقاصة ضرر يلحق بالزوجة إذا لم تـكن موسرة ، لأن ماتأخذه تنفقه على حاجاتها ، فليس من العدل أن تجرى المقاصة بغير رضاها ، ولهذا كان مما فـكر فيه العلماء أن يؤخذهنا برأى الإمام أحمد من أن الزوج لايجاب إلى طلبه إلا إذا رضيت الزوجة أو ثبت أنها موسرة تستطيـع أداء ما عليها من الدين ، أما إذا كانت معسرة فلا يجاب الزوج إلى طلب المقاصة (١) لأن إحياء النفس مقدم على وفاء الدين .

وقد كان هذا الرأى مما أخذ به فى مشروع القانون الذى اقترح فى سنة ١٩١٦ (٢) .

الـكفالة بالنفقة :

النفقة عند الحنفية — كما قدمنا — لا تـكون دينا فى ذمة الزوج قبل القضاء بها أو تراضى الزوجين على مقدار معين أما بعد القضاء بها أو التراضى فإنها تـكون بذلك دينا فى ذمة الزوج ولـكنها لا تـكون دينا صحيحاً بحيث لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء إلا إذا أذنها القاضى أو الزوج بالاستـدانة ، واستدانتها بالفعل .

والمقرر فى باب الـكفالة أن الـكفالة لاتصح إلا إذا كان المـكفول به دينا صحيحا ، ومقتضى ذلك أن الـكفالة بالنفقة لاتصح عند الحنفية قبل القضاء أو التراضى ، لأن المـكفول به حينئذ لايـكون دينا فى ذمة الزوج ،وكذلك لاتصح

---

(١) المغنى لابن قدامة حـ ٩ ص ٢٤٧

(٢) فقد جاء فى المادة (١٢٤) من هذا المشروع مايأتى (إذا طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عنها لزوجها أجيبت لطلبها ولو لم يرض ، وإذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بما عليها لايجاب إلى طلبه إلا إذا كانت الزوجة موسرة قادرة على أداء الدين من مالها فإن لم تـكن كـذلك فلا يحتسب عليها بدينه شىء من نفقتها .

الكفالة بالنفقة بعد تقررها بالقضاء أو التراضى إذا لم تستدنها الزوجة بالفعل ، لأن النفقة وإن صارت دينا فى ذمة الزوج بالقضاء أو التراضى لكنها لا تكون دينا صحيحاً بل ضعيفا فلا تصح الكفالة بها غير أن الحنفية أجازوا الكفالة بالنفقة بعد تقررها بالقضاء أو التراضى قبل الاستدانة استحساناً على خلاف ما يقضى به القياس والقاعدة المقررة فى الكفالة ، وذلك للرفق بالناس ولمعونة الزوجة على الوصول إلى حقها فى النفقة التى عليها حياة الأنفس .

وأجاز أبو يوسف أيضاً الكفالة بها قبل تقريرها بالقضاء أو التراضى على سبيل الاستحسان لنفس المعنى الذى لأجله أجيزت الكفالة بعد القضاء أو التراضى ، فإذا طلبت الزوجة أو وليها من الزوج عند العقد أن يعطيها كفيلا بنفقتها يضمنها لها وقدم لها الزوج كفيلا بذلك صحت الكفالة عند أبى يوسف وعليه الفتوى (١)

أما عند الجمهور من الفقهاء فإن النفقة تجب للزوجة من تاريخ العقد ، وتعتبر ديناً صحيحاً فى ذمة الزوج من غير توقف على القضاء أو التراضى وعلى هذا تصح الكفالة بالنفقة مطلقاً ويطالب الكفيل بها إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، وهذا ما يجرى عليه العمل بعد التعديل الجديد الذى سارت عليه المحاكم من سنة ١٩٢٠ فإنه اعتبر النفقة ديناً صحيحاً فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن أدائها ولو لم تكن مقررة بقضاء القاضى أو تراضى الزوجين ، ولهذا جعل فى الوثيقة الرسمية مكان خاص بالكفالة ليدون فيه ما إذا كفل أحد الزوج فى المهر والنفقة أو فى أحدهما .

هذا كله فيما يتعلق بجواز الكفالة بالنفقة وعدم جوازها ، ولكن يبقى الكلام فيما إذا كان الزوج يريد السفر أو كان من عادته أن يغيب وخشيت

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٨٨

الزوجة ألا تحصل على نفقتها فى مدة غيبته فطلبت كفيلا لنفقتها فهل يجوز للقاضى أن يجيبها إلى طلبها ويجبر الزوج على إعطائها كفيلا يضمن لها النفقة مدة غيبته ؟

قال أبو حنيفة : لا يجوز للقاضى أن يجيبها إلى طلبها ولا يجبر الزوج على إعطائها كفيلا بذلك، لأن النفقة لم تثبت ديناً بعد ولم يطالب الزوج بها ولا يجبر الإنسان على تقديم كفيل بحق لم يطالب به ، ولم يعرف امتناعه عن أدائه .

وقال أبو يوسف : للقاضى أن يجيب طلبها ويجبر الزوج على إعطائها كفيلا يضمن لها النفقة مدة غيبته ، فإذا كانت المرأة لاتعلم مدة الغيبة التى يريدها الزوج هل هى شهر أو أقل أو أكثر فإنها تعطى كفيلا بنفقة شهر ، لأن ذلك أقل الواجب ، وهو المتيقن فى النفقات المقدرة بالشهر .

أما إذا علمت أنه سيغيب أكثر من شهر ، كما إذا خرج للتجارة فى بلاد نائية أو لطلب العلم فإنها تعطى كفيلا بقدر المدة التى يتوقع غيابه فيها ، والفتوى على قول أبى يوسف فى هذا أيضا ، لأنه أيسر وبه تتحقق مصلحة الزوجة ، ولا ضرر فيه على الزوج (١) .

٣ ــ العدل والإحسان فى المعاملة

من الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها أن يراعى العدل والإحسان فى معاملتها ، لقول الله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » والمعاشرة بالمعروف أن يحسن إليها بالقول والفعل والخلق ، وفسرها بعض العلماء بأن يعاملها بما يجب أن تعامله به بحيث لو فعلت به مثل الذى يفعله بها اقبله ورضى به ، وقد حث النبى صلى الله عليه وسلم على الإحسان إلى الزوجه وحسن معاشرتها بقوله صلى الله عليه وسلم « خيركم خيركم لأهله ، وأنا خيركم لأهلى » .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٢٨ ، البحر لابن نجيم جـ ٤ ص ٢٠٤ ، حاشيه ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٨٨ ، ٦٦٩ ، جـ ٤ ص ٢٦٢ ، ٢٧٢ ، ٢٩٧ .

ومن الإحسان فى المعاملة ألا يضر الزوج زوجته بالقول أو الفعل ، فلا يسمعها من الكلام ما يجرح كرامتها أو يحط من منزلتها ، ولا يخاطبها بالغلظة والفظاظة ، ولا يضربها بلا سبب مشروع ، ولا يضيق عليها فى المعيشة ، ولا يستأثر دونها بالمأكولات اللذيذة ولا يظهر الميل إلى غيرها من النساء ، وما أشبه ذلك من كل ما يؤلم الزوجة ويجرح شعورها ، لقول الله تعالى « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

ومن الإحسان فى المعاملة عند تعدد الزوجات أن يعدل بين زوجاته ولا يفضل واحدة منهن على غيرها ، لأن الله تعالى أمر بالاقتصار على زوجة واحدة عند الخوف من الجور فى قوله جل شأنه « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » وهذا يقتضى الأمر بالعدل بين الزوجات عند التعدد ، فإن لم يعدل استحق على عمله هذا أن يعد فى الدنيا من الممقوتين ، ويحشر فى الآخرة مع الظالمين .

والعدل الذى يطالب به الزوج فى هذه الحالة هو التسوية بين الزوجات فى كل ما يستطيعه ويدخل تحت قدرته من الحقوق ، كالتسوية فى النفقة وإحسان المعاملة ولطف العشرة من غير ميل إلى إحداهن ومضارة ما سواها ، أما المساواة بينهن فى المحبة والميل القلبى فليست بمطلوبة ، لأن ذلك ليس فى مقدور الإنسان فلا يطالب به شرعاً ، كما يرشد إلى ذلك قول عائشة رضى الله تعالى عنها : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ، ويقول : « اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك » يريد صلى الله عليه وسلم بذلك الميل الباطنى والمحبة القلبية .

ومن العدل الذى يستطيعه الزوج أن يسوى بين زوجاته فى المبيت ، وذلك بأن يبيت عند كل واحدة منهن بمقدار المدة التى يبيتها عند الأخرى ، ولا فرق

فى هذا بين البكر والثيت والجديدة والقديمة والشابة والعجوز والمسلمة والكتابية وصاحبة العذر وغيرها ، لأن سبب وجوب القسم فى المبيت هو الزوجية ، وهى قدر مشترك عند هؤلاء جميعاً فتجب التسوية بينهن فى ما يترتب عليها وهو المبيت .

والقسم فى المبيت واجب فى حال الصحة والمرض فلو مرض الزوج وأراد أن يقيم فى بيت إحداهن فلا يجوز له ذلك إلا إذا رضى به سائر أزواجه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقسم بين أزواجه وهو مريض ، ولما ثقل عليه المرض استأذن أزواجه أن يمرض فى بيت عائشة فأذنّ له ، روى ابن سعد فى الطبقات « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يحمل فى ثوب يطاف به على نسائه وهو مريض، يقسم بينهن » وفى الصحيحين عن عائشة رضى الله تعالى عنها « لما ثقل رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذن أزواجه أن يمرض فى بيتى فأذن له » ولولا أن القسم واجب فى حال المرض ما كان عليه الصلاة والسلام فى حاجة إلى إذن زوجاته ليقيم فى بيت عائشة .

ولا يجب القسم على الزوج فى حالة السفر ، فإذا أراد السفر كان له أن يختار من زوجاته من تسافر معه ، لأنه هو الذى يقدر مشقة السفر ، ويعرف من تصلح له منهن ومن لا تصلح ، وربما كان ترك بعضهن لازماً لتدبير المنزل ، لكن الأفضل أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها لما فيها من تطييب النفوس وصفاء القلوب ، وهذا ما كان يفعله النبى صلى الله عليه وسلم عند إرادة السفر . قالت السيدة عائشة رضى الله تعالى عنها « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فمن خرج سهمها خرج بها معه »(١) ولا تحتسب مدة السفر من أيام القسم حتى لو سافر بواحدة من زوجاته ثم قدم من السفر

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٨٥ .

وطلبت الزوجة الأخرى أن يقيم عندها مقدار مدة السفر لم يلزمه ذلك .

والغرض من هذا ألا يؤذى واحدة بإيثار الأخرى عليها وأن يعمل ما فى وسعه ليرضيهن جميعاً ، والأصل فى ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم « من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » وقوله صلى الله عليه وسلم « إن المقسطين على منابر من نور عن يمين الرحمن — وكلتا يديه يمين — الذين يعدلون فى حكمهم وأهليهم وما ولوا » .

الفصل الثانى

حقوق الزوج

للزوج حقوق على زوجته يجب عليها مراعاتها والقيام بها ، وأول هذه الحقوق الطاعة ، فالأسرة هى الجماعة الأولى التى تتكون منها الأمة وبصلاحها تصلح الأمة وبفسادها تفسد ، ولا ينتظم أمر جماعة من الجماعات ، ولا يستقيم حالها إلا إذا كان لها رئيس يدبر أمورها ويصرف شئونها ويوجهها إلى الغاية الصحيحة فى الحياة .

ولما كانت المرأة قد أعدتها الفطرة الإلهية للحمل والولادة والعناية بشئون البيت ووهبتها خلقة لا تقوى على الكفاح الخارجى فى الحياة فى حين أنها وهبت الرجل قوة فى البدن والعزم والعمل ، وطبيعة تمكنه أن يعيش فى البيت ويعمل خارجه ويتردد على الأسواق ويختلط بالناس فيعرف من شئون الحياة وسياسة الاجتماع مالا تعرف لذلك كان أجدر منها بمرتبة الرئاسة ، وله عليها حق الطاعة فعليها أن تطيعه فيما هو من شئون الزوجية فى غير ما نهى الله عنه ، إذ لا طاعة

لمخلوق فى معصية الخالق . والأصل فى ذلك قول الله تعالى « ولهن مثل الذى عليهم بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم »[١] فإنه سبحانه جعل للزوجات من الحقوق مثل ما عليهن من الواجبات ، وجعل للأزواج درجة على الزوجات ، وهذه الدرجة هى درجة الرئاسة البيتية والقوامة على شئون الزوجة وما يلزم لرعاية الأولاد وتربيتهم ، وقد أثبت جل شأنه هذه القوامة فى الآية الأخرى بقوله عز وجل « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم »[٢] وبين السبب فى تحميل الرجال مسئولية الهمينة والقوامة وهو ما أودعه فيهم من القوة فى البدن والقدرة على الكفاح وتحصيل المال ، وما كلفهم به من الإنفاق على البيت والقيام بكل ما تحتاج إليه الزوجة والأبناء والأسرة .

ومجال الناحية الخلقية فى هذا أوسع من مجال الناحية القانونية ، ولذلك كثرت الأحاديث التى تحث الزوجة على طاعة زوجها ، فقد جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة ماتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة »[٣] .

وروى أن امرأة قالت يارسول الله : أنا وافدة النساء إليك ثم ذكرت ما للرجال فى الجهاد من الأجر والغنيمة ، ثم قالت : فما لنا من ذلك ؟ فقال صلى الله عليه وسلم « أبلغى من لقيت من النساء أن طاعة الزوج واعترافاً بحقه يعدل ذلك ، وقليل منكن من يفعله » .

وعن ابن أبى أوفى قال : لما قدم معاذ بن جبل من الشام سجد للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : ما هذا يا معاذ ؟ قال : يا رسول الله أتيت الشام فرأيتهم يسجدون

---

(١) آية : ٢٢٨ من سورة البقرة .　　(٢) آية : ٣٣ من سورة النساء .

(٣) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ١٧٦ .

لبطارقتهم وأساقفتهم فودت فى نفسى أن أفعل ذلك لك . فقال رسول صلى الله الله عليه وسلم : فلاتفعلوا فإنى لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لغير الله لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها ، والذى نفس محمد بيده لاتؤدى المرأة حق ربها حتى تؤدى حق زوجها » (١) .

وإذا لم ينشأ عن طاعة الزوجة لزوجها إلا إحرازها لرضاء ربها عز وجل وهناؤها فى حياتها وتمرين أولادها على طاعتهم لها ولأبيهم والإذعان لسلطتها لكان ذلك كافياً .

٢ — القرار فى البيت

ومن حق الزوج على زوجته أن تقيم معه فى المسكن الذى أعده لها متى أوفاها عاجل صداقها وكان المسكن الذى أعده لها مسكناً شرعيا تتوافر فيه أسباب الراحة والاستقرار والكرامة لأن عقد الزواج يتضمن تعهد كل منهما بالقيام بمطالب الزوجية ، ومطالب الزوجية تقتضى قرار الزوجة فى المنزل حتى تستطيع التفرغ لما شرع الزواج له من إنجاب الأولاد والعناية بهم وتهيئة وسائل الراحة لأفراد الأسرة جميعاً خصوصاً وأن خروج المرأة مدعاة للفتنة ولو فتح هذا الباب لاختل نظام الأسرة ، وسرى الشك إلى الزوج فى سلوك زوجته وفى هذا من الفساد مالا يخفى ، لذلك كان على الزوجة أن تبقى فى منزل الزوجية وألا تخرج منه إلا أذن لها الزوج فى ذلك أو كان هناك ضرورة تدعوها إلى الخروج كأداء فريضة الحج بشرط أن تكون فى صحبة ذى رحم محرم وكزيارة أبويها وأقاربها المحارم . وقد نص الفقهاء على أن للزوجة الحق فى أن تزور أبويها مرة فى كل

---

(١) المصدر السابق جـ ٦ ص ١٧٧ .

أسبوع ، وأن تزور من عداهما من المحارم مرة فى كل سنة ، والذى ينبغى فى هذا الموضوع أن يترك تقدير مرات الزيارة وفتراتها للعرف مع مراعاة حال الزوجة وحال أقاربها وحال زوجها فقد يقضى العرف بأن خروجها مرة فى كل أسبوع لزيارة أبويها لاداعى إليه وقد يكون فى خروجها كل أسبوع لزيارتهما فتح لباب الفتنة خصوصاً إذا كانت الزوجة شابة أو كان الزوج من ذوى المكانات فى الهيئة الاجتماعية .

ومن حالات الضرورة التى يجوز للزوجة فيها الخروج ولو بغير إذن زوجها أن يمرض أحد أبويها ويحتاج إلى من يقوم بشأنه ، ولا يكون له أحد غيرها ، فإن لها الحق فى أن تقوم بخدمته والعناية به بل ذلك واجب عليها شرعا وإن كان على غير دينها ، رضى بذلك الزوج أو لم يرض ، لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند التعارض .

وفى جميع الحالات التى يباح للزوجة فيها الخروج لايجوز لها شرعاً أن تخرج على وجه ينافى الأدب ويجافى الفضيلة ويدعو إلى الفتنة كأن تخرج متزينة متعطرة أو كاشفة عن شىء مما أو وجب الله عليها ستره كالشعر والعنق والصدر والذراعين والساقين وغير ذلك مما يكون من شأنه أن يدعو الرجال إلى التطلع إليها والافتتان بها ، لقول الله تعالى « ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى » ومن التبرج — على ماجاء فى بعض الروايات — المشية بتكسر وحركات مثيرة كما كان يفعله نساء الجاهلية الأولى ، ومن التبرج أيضاً أن تلبس المرأة ثوباً رقيقاً لايحجب رؤية ماتحته أو يصف ماتحته ويحدد أجزاء جسمها ، روى مسلم فى صحيحه عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « صنفان من أهل النار لم أرهما بعد : نساء كاسيات عاريات مائلات

مميلات (١) على رؤوسهن أمثال أسنمة البخت المائلة (٢) لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها وإن ريحها ليوجد من مسيرة كذا وكذا. ورجال معهم سياط كأذناب البقر يضربون بها الناس » وأخرج الحاكم عن أبي موسى رضى الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيما امرأة استعطرت فخرجت فمرت على قوم ليجدوا ريحها فهى زانية ، وكل عين زانية » .

ومما يتناوله حق الطاعة والقرار فى البيت أن تصون المرأة نفسها عما يدنس شرفها وشرف زوجها ، وأن تحافظ على كرامتها ، وأن ترعى أولادها وتحسن تربيتهم وأن تحفظ مال زوجها فلا تعط أحداً منه شيئاً لم تجر العادة بإعطائه إلا بإذن زوجها وألا تأذن لأحد فى دخول بيته من غير رضاه ، وأن تحسن عشرته كما يجب عليه أن يحسن عشرتها ، وبذلك يسود الوئام بين الزوجين ويعيشان فى هناء وسعادة .

---

(١) المراد بالكاسيات العاريات اللاتى يلبسن الثياب الرقيقة التى لا تستر ما تحتها أو يلبسن الثياب التى تظهر تفاصيل الجسم ومحاسنه وبعبارة أخرى اللاتى يلبسن الثياب الكاشفة أو الواصفة ، أو المراد بهن اللاتى يلبسن ما يستر بعض البدن ويتركن بعضه مكشوفاً إظهارا لجمالهن . والمراد بالمائلات المميلات اللاتى يملن أكتافهن وأعطافهن ويتبخترن فى مشيهن لفتنة من يراهن من الرجال ، وقيل المراد بهن المائلات عن الحق والمميلات لمن أطاعهن من الرجال أو النساء . ولا مانع من إرادة جميع هذه المعانى لأن لفظ الحديث يشملها .

(٢) يعنى أنهن يعتنين بشعورهن ويعظمنها بلف عمامة أو عصابة أو نحوها ، والبختى نوع من الإبل مشهورة بكبر أسنمتها وهذا هو ما عليه النساء الآن فما قاله النبى صلى الله عليه وسلم قد تحقق فى هذا الزمان ، كما هو مشاهد بالعيان فكان هذا الحديث من دلائل النبوة حيث وقع ما أخبر به صلى الله عليه وسلم .

(٣) نيل الأوطار ج ٢ ص ٩٨ ، والموطأ بشرح الباجى ج ٧ ص ١٢٢ .

هذا ، ومما ينبغى أن تعلمه المرأة أن ملازمتها لبيتها وعدم خروجها إلا بإذن زوجها أو لضرورة أو حاجة لايراد منه — كما يشيعه أعداء الفضيلة — حبسها فى المنزل أو التضييق عليها ، وإنما يراد منه تفريغها لخدمة البيت والإشراف على شئونه التى هى من خصائصها ورعاية الأولاد فى الطفولة التى هى من شأنها والمحافظة على كرامتها وحمايتها من الأضرار والمفاسد التى تنشأ عن كثرة الخروج ومزاحمة الرجال .

وعلى الجملة فإن ملازمة المرأة لبيتها يخلصها من آفات كثيرة وبلايا عديدة ، وأن إيجاب الشرع ذلك عليها هو لفائدتها وراحتها والسير بها إلى مايوجب لها الرفعة وعلو الشأن والراحة وهناء العيش ، وحسبه فخراً أن الله تعالى جعله من أحسن ماتوصف به المرأة فقال جل شأنه « حور مقصورات فى الخيام » وحث عليه النبى صلى الله عليه وسلم فى كثير من الأحاديث ، من ذلك ما رواه الترمذى عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن المرأة عورة فإذا (١) فإذا خرجت استشرفها (٢) الشيطان ، وأقرب ما تكون من رحمة ربها وهى فى قعر بيتها » وأخرج البزار عن أنس قال « جاءت النساء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلن يارسول الله : ذهبت الرجال بالفضل والجهاد فى سبيل الله فهل لنا من عمل ندرك به المجاهدين ؟ فقال عليه الصلاة والسلام من قعدت منكن فى بيتها فإنها تدرك عمل المجاهدين فى سبيل الله » .

---

(١) العورة فى الأصل مايستحى من إظهاره ، وهو كناية عن وجوب الاستتار فى حق المرأة وعدم ظهور شىء من بدنها

(٢) الاستشراف التطلع إلى الشىء ورفع البصر للنظر إليه . واستشراف الشيطان للمرأة المراة منه العمل على إغوائها وإغراء الرجال بها حتى يوقعهما فى الفتنة .

ولو أن عقلاء الأمة حرصوا على هذا المبدأ الإسلامى وعلموه لأزواجهم وبناتهم وألزموهن به لقضوا على التبرج وفساد الأخلاق وصانوا بذلك أعراضهم وحفظوا أنسابهم ، وحموا الأسرة من التفكك والانحلال .

هذا ، ومما ينبغى التنبيه عليه هنا أن إلزام الزوجة بالطاعة والانقياد لزوجها يقابله واجب على الزوج ، وهو الإنفاق على الزوجة ، فإذا قام الزوج بالواجب عليه وامتنعت الزوجة من طاعة زوجها بدون عذر كان ذلك نشوزا مانعا لاستحقاقها النفقة ، فللزوج أن يمتنع من الإنفاق عليها إلى أن تعود إلى طاعته ، وهذا ما قررته لجنة الأحوال الشخصية فى الفقرة الأولى من المادة (٨٤) من مشروع القانون الذى وضعته حيث نصت على أنه « إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها فى منزل الزوجية بغير حق ، أو منعته من الدخول عليها فى منزلها الذى يسكنان فيه ، ولم يكن قد أبى نقلها منه سقط حقها فى النفقة مدة الامتناع ، سواء أكانت محكوما عليها بالطاعة أم لا » .

وفى حالة امتناع الزوجة عن طاعة زوجها ، مع قيامه بالواجب عليه نحوها يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تحكم له على الزوجة بالطاعة وانقيادها له فى الحقوق المترتبة على عقد الزواج ، فإذا حكمت له المحكمة بذلك ، واستمرت الزوجة على امتناعها عن طاعته فهل يجوز تنفيذ هذا الحكم بالقوة الجبرية، كما يحصل الآن.

لا يوجد فى الشريعة الإسلامية ما يقر مثل هذا العمل ، ولم يقل أحد من الفقهاء ، إن تنفيذ حكم الطاعة بالقوة الجبرية جائز ، ومن أجل ذلك رأت لجنة الأحوال الشخصية فى مشروع القانون المزمع إصداره منع تنفيذ حكم الطاعة بالقوة الجبرية ، فنصت فى الفقرة الأولى من المادة (٨٤) على أنه : « لا يجوز بحال من الأحوال تنفيذ الحكم بالطاعة عن طريق الشرطة » .

وعالجت نشوز الزوجة ،وإرجاعها لطاعة زوجها عن طريق حرمانها من النفقة مدة امتناعها عن طاعته ، واعتبار هذا الامتناع إضراراً بالزوج يجيزله طلب التفريق، وقد بينت ذلك فى الفقرة الثانية من المادة (٨٥) ونصها كما يأتى :

« ويترتب على امتناعها عن تنفيذ الحكم بدون حق سقوط حقها فى النفقة مدة هذا الامتناع ، كما يعتبر مضارة للزوج تجيز له طلب التفريق » .

وهو مسلك حميد من اللجنة يتفق مع التعاليم الإسلامية التى تكرم الحياة الزوجية ، وتصونها عن مثل هذه الاجراءات المشينة .

٣ — التأديب :

ومن الحقوق التى جعلها الشارع الحكيم للزوج حق تأديب الزوجة وتهذيبها بالمعروف اللائق بمكانهما ، كما يدل على ذلك قول الله تعالى « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم . فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان علياً كبيراً » (١) . جعلت الآية النساء نوعين :

النوع الأول الصالحات ، وهن اللاتى وصفهن الله تعالى بقوله « فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله » وهؤلاء لسن فى حاجة إلى تأديب ، فقد بلغن بصلاحهن وخضوعهن لله ولأزواجهن وحفظ ما يجب حفظه من أسرار الزوجية مرتبة تسمو عن التعرض لهن .

---

(١) آية : ٣٥ من سورة النساء .

النوع الثانى : غير الصالحات ، وهن اللاتى يحاولن الخروج عن حقوق الزوجية والنشوز عن طاعة أزواجهن وعصيانهن لهم ، وهـؤلاء فى حاجة إلى الإصلاح والتهذيب والتأديب ليردهن إلى الصواب ، لأن تركهن فى غيهن يسبب شقاء البيت ويعرض الحياة الزوجية للتدهور والانحلال ، وقـد رسم الله فى هذه الآية الطريق لهذا الإصلاح والتهذيب والتأديب ووكل ذلك إلى الزوج بحكم الإشراف والرياسة ومخالطته لزوجته واطلاعه على ماظهر من شأنها ومابطن ، ولم يـكل ذلك الى غيره من الولاة والقضاء صوناً لما بينهما من الذيوع والانتشار.

ولما كانت طبائع النساء تختلف باختلاف البيئة وتنوع التربية وكان من الذنوب الصغير والـكبير شرع الله تعالى من أساليب التهذيب ووسائل التأديب ثلاثاً ليختار الزوج منها مايلائم الذنب وحال الزوجة .

الوسيلة الأولى : الموعظة الحسنة ، وهذه تلائم المرأة التى تـكفيها الإشارة أو الـكلمة أو الذنب الصغير ، والرجل أدرى بما يؤثر فى زوجته .

الوسيلة الثانية : الهجر فى المضجع ، وقد اختلف العلماء فى المراد به فقيل : المراد أن يبيت فى حجرة غير التى تبيت فيها ، وقيل أن يبيت فى فراش غير فراشها وقيل غير ذلك ، وما دام المقصود من الهجر هو التأديب فليترك ذلك للزوج يفعل ما يراه أدعى إلى كبح جماحها وردها إلى صوابها ، وقد حدد العلماء مدة الهجر فى المضجع بالا يبلغ مدة الإيلاء المقدرة شرعاً بأربعة أشهر .

الوسيلة الثانية : الضرب ، وهو علاج الشرسات اللاتى لايجدى فيهن الوعظ ولا الهجر ، ولا يصلح مثلهن إلا به ، وقد جعله الشارع الحكيم آخر الوسائل الإصلاحية التى يملـكها الرجل ، وبذلك كان كالدواء الأخير الذى لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة .

والضرب الذى يملكه الزوج هو الضرب الذى لايكون شديداً ولا شائناً. ففى السنة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فى حجة الوداع فحمد الله وأثنى عليه ، وذكر ووعظ ثم قال : استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عوان (١) عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم سأله رجل : ما حق المرأة على الزوج ؟ قال : تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا فى البيت .

فإن أساء الزوج فى استعمال حقه فى تأديب الزوجة وزاد عن القدر اللازم لإصلاحها كان متعدياً ، وكان الزوجة أن ترفع الأمر للقاضى حتى يعزره بما يراه ، كما أن لها عند بعض الفقهاء أن تطلب التطليق منه بسبب الضرر ، وهذا هو ما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وسيأتى بيان ذلك فى الكلام عن التطليق للضرر .

ولو استعمل الرجل وسائل التأديب واستنفد طرق العلاج التى يملكها بما فيها وسيلة الضرب ولم يجد ذلك فى إصلاح الزوجة رفع الأمر إلى القاضى ليوجه إليهما حكماً من أهله وحكماً من أهلها كما قال سبحانه « إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً » (٢) على ما سيأتى بيانه فى الكلام عن التفريق بين الزوجين للضرر الناشىء عن الشقاق .

---

(١) عوان جمع عانيه : والعانية هى الأسيرة. والمعنى إن النساء عند الرجال بمنزلة الأسرى .

(٢) آية : ٣٥ من سورة النساء .

وقد أساء بعض المتعلمين تعليما مدنياً فهم أن يكون الضرب وسيلة من وسائل العلاج ووصفوه بأنه علاج صحراوى جاف لا يتفق مع التحضر والرقى الذى وصلت إليه المرأة ، وما ينبغى أن يكون لها من الاحترام والتكريم ، وقد فات هؤلاء الناقدين أن الإسلام ليس تشريعاً لإقليم خاص ولا لبيئة خاصة وإنما هو تشريع عام لكل الناس ولجميع البيئات فلا بد أن يضع من العلاج ما يلائم كل طائفة ويصلح لكل نوع .

وأن الضرب ليس هو كل ما شرعه الإسلام من علاج ، وإنما هو واحد من ثلاثة هو آخرها فى الذكر ، كما هو آخرها فى الالتجاء إليه .

والخبير بأحوال النساء يعلم أن منهن من لا يصلح حالها إلا بهذا النوع من التأديب ، ولو أن هؤلاء المنكرين وسعوا دائرة أفقهم وعرفوا أن الناس أصناف وأنواع وأن علاج كل صنف يختلف عن علاج الصنف الآخر لما شعروا بمرارة ولا غضاضة من هذا النوع من التأديب .

الفصل الثالث

الحقوق المشتركة بين الزوجين

عقد الزواج كما تترتب عليه حقوق يختص بها أحد الزوجين تترتب عليه أيضاً حقوق مشتركة بين الزوجين ، من هذه الحقوق ما يأتى :

١ — حق الاستمتاع والاتصال الجنسى فلكل من الزوجين حق الاستمتاع بصاحبه ، وذلك أمر تدعو إليه الفطرة والطبيعة البشرية فعلى كل منهما أن يجيب داعى الطبيعة ، ولا يمتنع على صاحبه ما لم يكن هناك ما يمنع الإجابة كالحيض أو النفاس أو المرض أو ما أشبه ذلك .

وقد اتفق الفقهاء على أن الاتصال الجنسى واجب على الزوج ديانة أى فيما بينه وبين الله تعالى ، وأنه يلزمه شرعاً أن يعف زوجته ويبعدها عن الوقوع فى الحرام متى كان قادراً على ذلك ، ولـكنهم اختلفوا فيما يلزمه قضاء ، فقال بعضهم : يلزم الزوج أن يتصل بزوجته اتصالا جنسياً فى كل أربع ليال مرة ، وهو رواية الحسن ابن زياد عن أبى حنيفة ، واختارها الطحاوى ، ووجه هذا القول : أن كعب بن سور كان جالساً عند عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فجاءت امرأة ، وقالت: يا أمير المؤمنين إن زوجى يصوم النهار ، ويقوم الليل فقال عمر : ما أحسنك ثناء على زوجك ، فقال كعب : يا أمير المؤمنين إنها تشتـكى إليك زوجها ، فقـال عمر : وكيف ذلك ؟ فقال كعب : إنه إذا صام النهار وقام الليل فـكيف يتفرغ لها ؟ فقال عمر لـكعب : احـكم بينهما فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهم ، فقال كعب : أراها إحدى نسائه الأربع يفطر لها يوماً ، ويصوم ثلاثة أيام ، فاستحسن عمر ذلك منه ، وولاه قضاء البصرة(١) .

وقال بعضهم : يلزم الزوج أن يتصل بزوجته كل أربعة أشهر مرة ، واستدلوا على ذلك بمدة الإيلاء ، فإنها مقدرة فى الشرع بأربعة أشهر ، فإن اليمين لا تجعل المحلوف على تركه واجباً ، فإذا أوجب الشارع الحـكيم على الحالف إتيان زوجته قبل مضى هذه المدة كان ذلك دليلا على أنه واجب بدونها(٢) .

وقال آخرون : لا يلزم الزوج الاتصال بزوجته إلا مرة واحدة ، فإذا اتصل بها مرة واحدة بعد الزواج لم يـكن لها الحق فى المطالبة بشىء من هذه الناحية ،

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٣٣٣ ، فتح القدير ج ٢ ص ٥١٨ ، المغنى لابن قدامة مع الشرح الـكبير ج ٨ ص ١٤٢

(٢) المغنى ج ٨ ص ١٤٢

وهو الرواية الظاهرة فى مذهب الحنفية[١] .

ومن العلماء من رأى أن الزوج لا يلزم بمرات معدودة ، وإنما يلزمه الاتصال بزوجته بمقدار ما يعفها ويبعدها عن الحرام، فإن تنازع الزوجان فى ذلك ورفع الأمر للقاضى كان له أن يقدره بما يراه تبعاً لحال الزوجين وقدرتهما الجنسية[٢] وهـذا القول فى نظرى أقرب إلى الحق والصواب ، وأبعد هذه الأقوال قول من رأى أن الزوج لا يلزم إلا بمرة واحدة فى العمر ولو كانت عنده القـدرة على ذلك ، لمنافاته لحصـول السكن والمودة والرحمة المقصودة من تشريع الزواج ولمخالفته النصوص الواردة فى الـكتاب ، ففى القرآن أن من حلف ألا يقرب زوجته أربعة أشهر فإنه يلزمه أن يعود إلى معاشرة زوجته فإن لم يعـد إليها حتى مضت أربعة أشهر كان لزوجته أن تطلب الطلاق منه ، عند الجمهور من الفقهاء ، وعند الحنفية تطلق منه طلقة بائنة من غير فرق بين ما إذا كان عاشرها معاشرة الأزواج قبل ذلك مرة أو أكثر ، وفى السنة أن زوجة عبد الله بن عمرو بن العاص شـكت إلى النبى صلى الله عليه وسلم عدم قربان زوجها لاشتغاله عنها بالعبادة فأرسل إليه النبى صلى الله عليه وسلم فلما جاء قال له : يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ، فقال : بلى يا رسول الله قال له : فلا تفعل . صم وأفطر ، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا ، وإن لزوجك عليك حقا » ففى هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر عبد الله أن يستمتع بزوجته ولو كان حقها فى ذلك مرة واحدة لسألها عن ذلك فلما لم يفعل النبى صلى الله عليه وسلم كان ذلك دليلا على

---

(١) فتح القدير جـ ٢ صـ ١٥٨ ، البحر الرائق جـ ٣ صـ ٢٣٥ ، وشرح الدر مع حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٠٨

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٢ صـ ٤٠٩ ، والفتاوى لابن تيمية ج ٣ ص ٢٣٢ ، الاختيارات العلميه له ص ١٤٦

أن حق الزوجة فى الاتصال الجنسى حق دائم مادامت الحياة الزوجية إلا إذا كان هناك عذر يمنعه من ذلك .

هذا ما يتعلق بالاستمتاع من ناحية أنه حق لكل من الزوجين ، أما مايتعلق به من ناحية تقصير الزوج أو عجزه عن القيام بهذا الحق وهل يكون للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها لهذا السبب فسيأتى بيانه فى الكلام عن التطليق للضرر .

٢ — ثبوت نسب الأولاد ، فهو حق لكل من الزوجين كما أنه حق للأولاد وسيأتى الكلام عنه فى القسم الثالث .

٣ — التوارث بين الزوجين فهو أيضاً حق لكل من الزوجين ، لأن حل العشرة الزوجية يوجد بين الزوجين صلة كصلة القرابة ، وإذا كانت القرابة يثبت بها التوارث بين الأقرباء فالزوجية أيضاً يثبت بها التوارث بين الزوجين ، فإذا توفى أحدهما فى حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما ورث الحى منهما الميت ، ما لم يوجد مانع من موانع الإرث كالاختلاف فى الدين ونحوه . وتفصيل القول فى ذلك يحتاج إلى بحث مستقل .

القسم الثاني

فرق الزواج

تمهيـــد

بيان معنى الفرقة وأنواعها ، وما يعتبر منها طلاقا وما يعتبر فسخا
والفرق بينهما وما يحتاج منها إلى قضاء وما لا يحتاج

معنى الفرقة :

الفرقة فى اللغة اسم من الافتراق ، وهو خلاف الاجتماع ، والمراد بهـا فى اصطلاح الفقهاء انحلال رابطة الزوجية وانقطاع العلاقة التى بين الزوجين بسبب من الأسباب التى توجب ذلك .

أنواع الفرقة :

وتتنوع الفرقة إلى نوعين : فرقة تعتبر طلاقا ، وفرقة لا تعتبر طلاقا بل فسخا

وقد اتفق أئمة الحنفية على أن الفرقة تعتبر طلاقا إذا كانت من قبل الزوج أو من يقوم مقامه كالوكيل أو القاضى ولا يمـكن حصول مثلهـا من الزوجة إلا بتفويض من الزوج وذلك كالفرقة بلفظ من ألفاظ الطلاق المعروفة والفرقة بسبب الإيلاء أو الخلع ، والفرقة التى يحكم بها القاضى بناء على عيب فى الزوج كالجب أو العنة ، والفرقة التى توقعها الزوجة بناء على تفويض من الزوج .

واتفقوا على أن الفرقة تعتبر فسخا فى الحالات الآتية :

١ — أن تـكون الفرقة بسبب أمر اقترن بإنشـاء العقد فجعله غير لازم ، كالفرقة لعدم الـكفاءة أو لنقصان المهر عن مهر المثل أو لخيار البلوغ أو الإفاقة من الجنون أو العته ، سواء كانت من جهة الزوج أوالزوجة ، لأن العقد إذا كان

صحيحا ولم يكن لازما ، فالفرقة فيه تكون فى معنى الامتناع عن إتمامه ، والامتناع عن إتمام العقد يعتبر فسخا لا طلاقا .

٢ — أن تكون الفرقة من قبل الزوجة ولم تكن بتفويض من الزوج كالفرقة بسبب ردتها أو إبائها الدخول فى الإسلام بعد أن أسلم زوجها ولم تكن كتابية ، وذلك لأن الطلاق من حق الزوج وحده ولا تملكه الزوجة إلا إذا فوض الزوج إليها إيقاعه ، فإذا جاءت الفرقة من جهتها من غير تفويض من الزوج كانت فسخا لا طلاقا .

٣ — أن تكون الفرقة من زواج فاسد ، لأن الطلاق لا يكون إلا من زواج صحيح ، فإذا لم يكن الزواج صحيحا كانت الفرقة فسخا لا طلاقا .

٤ — أن تكون الفرقة بسبب طروء ما يوجب حرمة المصاهرة كتقبيل بنت الزوجة أو أمها لأن طروء ما يوجب حرمة المصاهرة لا يرفع عقد الزواج وإنما يجعله فاسدا ، ولهذا لو اتصل الزوج بالمرأة بعد تحريمها لا يجب عليه حد الزنا ، والفرقة من الزواج الفاسد تعتبر فسخا لا طلاقا .

واختلفوا فى الفرقة التى تكون من قبل الزوج ويمكن حصول مثلها من الزوجة بدون تفويض من الزوج ، كالفرقة بسبب ردة الزوج أو إبائه عن الدخول فى الإسلام إذا أسلمت زوجته ، فإن هذه الفرقة جاءت من قبل الزوج ويمكن حصول مثلها من جانب المرأة من غير توقف على تفويض من الزوج ، كما إذا ارتدت أو أبت الدخول فى الإسلام بعد إسلام زوجها ، فذهب أبو يوسف إلى أنها تكون فسخا ، لأنها إذا كانت من جانب الزوجة اعتبرت فسخاً بالاتفاق فإذا كانت من جانب الزوج اعتبرت فسخا كذلك ، لأن السبب الواحد لا يختلف أثره وحكمه باختلاف من قام به .

وذهب محمد إلى أنها تعتبر طلاقا لأنه بالإباء أو الردة تكون الفرقة واجبة

شرعا ، لفوات مقاصد الزواج وأغراضه ، فإذا امتنع الزوج عن مفارقة الزوجة بالمعروف قام القاضى بالتفريق نيابة عنه ، والأصل أن الفرقة إذا حصلت من جانب الزوج وأمكن أن تجعل طلاقا كانت طلاقا لا فسخا .

وذهب أبو حنيفة إلى أن الفرقة إذا كانت بسبب الإباء عن الإسلام اعتبرت طلاقا كما قال محمد للمعنى الذى بيناه فى توجيه رأيه ، وإذا كانت بسبب الردة اعتبرت فسخا كما قال أبو يوسف ، لأن هذه الفرقة ، وإن كانت بسبب من جهة الزوج إلا أنه لا يمكن يجعل طلاقا كما فى الإباء عن الإسلام ، لأن الردة بمنزلة الموت من حيث إن صاحبها يعتبر مهدر الدم ، والفرقة بسبب الموت لا تعتبر طلاقا فكذلك ما كان بمنزلته .

كما اختلفوا فى الفرقة بسبب اللعان فقال أبو حنيفة ومحمد : إنها طلاق بائن وقال أبو يوسف إنها فسخ ، وسبب هذا الخلاف يرجع إلى اختلافهم فى الحرمة المترتبة على اللعان أهى حرمة مؤقتة تزول إذا كذب الزوج نفسه أو بطلت أهليته للعان أو حرمة مؤبدة لا تزول بحال كالحرمة الحاصلة بطروء ما يوجب حرمة المصاهرة فقال أبو حنيفة ومحمد : إنها حرمة مؤقتة ، وعلى هذا لا تكون الفرقة بسبب اللعان فسخا بل طلاقا بائنا كالفرقة بسبب عيب فى الزوج كالجب أو العنة.

وقال أبو يوسف : إنها حرمة مؤبدة لا تزول بحال ، وعلى هذا لا تكون الفرقة الحاصلة بسبب اللعان طلاقا بل فسخا كالفرقة الحاصلة بسبب طروء ما يوجب حرمة المصاهرة .

وقول أبى حنيفة ومحمد هو الراجح فى المذهب وعليه العمل .

وعلى هذا الأساس تكون الفرقة طلاقا فيما يأتى :

(١) الفرقة بلفظ من ألفاظ الطلاق المعروفة (٢) الفرقة بلفظ الخلع .

(٣) الفرقة بالإيلاء ،وهو أن يقسم الزوج ألا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر أو أبدا ، فإذا مضت مدة أربعة أشهر ولم يقربها فإنها تطلق منه طلقة بائنة عند الحنفية جزاء له على ظلمه للمرأة وإزالة لسلطانه عليها .

(٤) التفريق لعيب فى الزوج كالجب أو العنة (٥) التفريق باللعان عند أبى حنيفة ومحمد . (٦) التفريق بسبب امتناع الزوج عن الإسلام عند أبى حنيفة ومحمد وهو الراجح فى المذهب .

ويدخل فى هذا النوع التفريق لعدم الإنفاق على الزوجة ، وهو مأخوذ من مذهب مالك والتفريق للغيبة وهومأخوذ من مذهب مالك وأحمد والتفريق للشقاق وسوء المعاشرة ، وهومأخوذ فى جملته من مذهب مالك ، وهو ما عليه العمل الآن على ما يأتى بيانه .

وتكون الفرقة فسخا فيما يأتى .

(١) الفرقة بسبب ظهور أن العقد وقع غير صحيح ، كأن يظهر أن الزوجة أخت للزوج من الرضاع أو أنها زوجة غيره أو معتدته.

(٢) الفرقة بسبب طروء ما يوجب حرمة المصاهرة ، كاتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة .

(٣) الفرقة بخيار البلوغ أو الإفاقة سواء كان من الزوج أو الزوجة .

(٤) الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته أو لنقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها .

(٥) الفرقة بسبب ردة الزوجة أو امتناعها عن الإسلام بالاتفاق ، وكذا الفرقة بسبب ردة الزوج عند أبى حنيفة وأبى يوسف .

(٦) الفرقة بسبب امتناع الزوج عن الإسلام عند أبي يوسف .

الفرق بين الفرقة التي تعتبر فسخا والتي تعتبر طلاقا :

والفرق بين الفرقة التي تعتبر فسخا والتي تعتبر طلاقا من وجوه عدة :

١ — أن الفرقة التي هي فسخ ينتهي بها الحل الذي كان ثابتاً بالزواج بمجرد حدوثها من غير توقف على انقضاء العدة ، وبعضها ينقض عقد الزواج من أصله ويجعله كأن لم يكن كالفرقة بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة من الجنون وبعضها لا ينقض العقد ولكن يمنع بقاءه واستمراره كالفرقة بسبب ردة الزوجة عن الإسلام، وكالفرقة بسبب امتناع الزوجة غير الكتابية عن اعتناق الإسلام أو أي دين سماوي آخر بعد أن أسلم زوجها .

أما الفرقة التي هي طلاق فلا تنقض العقد أصلا وإنما توجب إنهاء الزواج وقد يترتب عليها زوال الحل الثابت بالعقد في الحال إذا كان الطلاق بائنا بينونة كبرى أو صغرى ، وقد لا يترتب عليها زوال الحل في الحال بل يتوقف زواله على انتهاء العدة إذا كان الطلاق رجعيا ، على ما سيأتي بيانه في الكلام عن أقسام الطلاق .

٢ — أن الفرقة التي هي فسخ تكون بسبب أمر عارض يمنع بقاء العقد واستمراره أو بسبب أمر اقترن بإنشاء العقد جعل العقد غير لازم ، مثال الأول الفرقة بسبب ردة الزوجة أو إبائها الإسلام إذا أسلم زوجها ولم تكن كتابية ، ومثال الثاني الفرقة بخيار البلوغ أو الإفاقة أو لنقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها أو لعدم الكفاءة .

أما الفرقة التي هي طلاق فإنها لا تكون بسبب شيء من ذلك ، إذ الطلاق حق يملكه الزوج بمقتضى عقد الزواج فلا يشترط لوقوعه أن تكون هناك

أسباب قارنت العقد جعلته غير لازم ، أو طرأت بعده فأوجبت عدم استمراره

٣ — أن الفرقة التى هى فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق الذى يملكه الزوج فلو وقعت فرقة الفسخ بين الرجل والمرأة ثم عادا إلى الزواج من جديد ملك الرجل على زوجته ثلاث طلقات . أما الفرقة التى هى طلاق فينقص بها عدد الطلاق سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً ، فلو عادت إليه الزوجة بعد ذلك لا يملك إلا طلقتين .

٤ — أن الفرقة هى طلاق إذا وقعت قبل الدخول والخلوة الصحيحة توجب للزوجة نصف المهر المسمى أو المتعة إن لم يكن المهر مسمى فى العقد تسمية صحيحة ، أما الفرقة التى هى فسخ فإنها إذا وقعت قبل الدخول والخلوة فلا يجب بها شىء من المهر سواء كانت الفرقة من قبل الزوج أو من قبل الزوجة ؛ ولا يستثنى من ذلك إلا الفرقة بسبب ردة الزوج فإنها فسخ عند أبى حنيفة وأبى يوسف ويجب بها للزوجة نصف المهر المسمى أو المتعة إن لم يكن المهر مسمى ، وإنما وجب للزوجة نصف المهر المسمى أو المتعة فى هذه الحالة لأن الفرقة جاءت من جهة الزوج وبسبب لم يبحه الشارع فلا يسقط بها حق الزوجة فى المهر أو المتعة .

٥ — أن الفرقة التى هى فسخ لا يقع فى عدتها طلاق إلا إذا كانت الفرقة بسبب ردة الزوجة أو إبائها الإسلام فإن الطلاق يقع مع أنها فسخ بالاتفاق كما سيأتى (١)

أما الفرقة التى هى طلاق فلا مانع أن يقع فى عدتها الطلاق ، لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل حل التزوج بالمرأة إلا إذا كان بائناً بينونة كبرى .

---

(١) انظر الدر مع حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٨٦

مايحتاج من الفرق إلى قضاء ومالا يحتاج :

وتنقسم الفرق سواء كانت طلاقا أم فسخاً إلى قسمين : « أحدهما » مايتوقف على القضاء ، لابتنائها على أسباب خفية تكون مثاراً لوقوع النزاع فى تحققها فيوكل الأمر فيها إلى القضاء لأنه المختص بالفصل فى المنازعات « وثانيهما » مالا يتوقف على القضاء لابتنائها على أسباب واضحة لاتكون محلا للنزاع والخلاف فتثبت الفرقة بمجرد وجود سببها من غير حاجة إلى القضاء .

ويظهر أثر التوقف على القضاء وعدمه فى بعض الأحكام . منها إذا مات أحد الزوجين قبل القضاء بالفرقة فيما يحتاج إلى القضاء فإن الآخر يرثه إلا إذا كان هناك مانع من موانع الإرث كالاختلاف فى الدين ، وذلك لبقاء الزوجية التى هى سبب الإرث بين الزوجين مالم يصدر حكم القاضى بالفرقة بينهما أما فيما لايحتاج إلى القضاء فإن الآخر لايرثه لانتهاء الزوجية بمجرد وجود سبب الفرقة من غير توقف على القضاء .

فالفرق التى تتوقف على القضاء هى :

١ — الفرقة بسبب عيب فى الزوج يجيز للزوجة طلب الطلاق منه كالجب والعنة .

٢ — الفرقة بسبب اللعان .

٣ — الفرقة بسبب عدم الكفاءة أو الغبن فى المهر على ظاهر الرواية فى مذهب الحنفية .

٤ — الفرقة بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة سواء أكان الخيار من الزوج أو الزوجة .

٥ — الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام إذا أسلم الآخر ، وذلك لضرورة عرض الإسلام على من لم يسلم منهما قبل التفريق عرضاً مفيداً، وهو لا يكون إلا من القاضى .

ومن هذا النوع الفرقة بسبب إعسار الزوج بالنفقة أو امتناعه عن الإنفاق على زوجته ، والفرق بسبب الإضرار بالزوجة وبسبب غيبة الزوج أو حبسه على مايجرى عليه العمل فى المحاكم الآن ، وهو مأخوذ من مذاهب غير الحنفية كما قدمنا.

أما الفرق التى لاتتوقف على القضاء فهى :

١ — الفرقة بلفظ من ألفاظ الطلاق المعروفة ، ومنه تفويض أمر الطلاق إلى الزوجة .

٢ — الفرقة بسبب الخلع .

٣ — الفرقة بسبب الإيلاء .

٤ — الفرقة بسبب فساد العقد ، كما إذا كان الزواج بغير شهود أو تبين أن الزوجة أخت للزوج من الرضاع .

٥ — الفرقة بسبب اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة .

٦ — الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين ، فإن ارتد أحدهما ثبتت الفرقة بينهما من غير توقف على القضاء .

أما إذا ارتد الزوجان معاً فالراجح فى مذهب الحنفية أنه لايفرق بينهما بمجرد الردة ، وعلى هذا لوعادا معاً إلى الإسلام كانت الزوجية باقية من غير حاجة إلى عقد جديد ، والدليل على هذا مافعله الصحابة مع المرتدين فى عهد

أبى بكر رضى الله عنه فإنهم لما عادوا إلى الإسلام لم يفرق بينهم وبين نسائهم بل أقروا على ما كان بينهم من زواج [١] .

ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن الفرق التى تعتبر فسخاً للعقد لا يلزم أن تكون الحرمة الثابتة بها على سبيل التأبيد بل بعضها يوجب تحريم المرأة على الرجل على سبيل التأبيد فلا يحل له العقد عليها بعدها فى حال من الأحوال ، وذلك كالفرقه بسبب اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة وكالفرقة بسبب اللعان على رأى أبى يوسف كما تقدم وبعضها يوجب تحريم المرأة على الرجل على سبيل التأقيت فيجوز أن تعود المرأة إلى الرجل بعقد جديد ، كالفرقة بخيار البلوغ أو الإفاقة أو عدم الكفاءة أو نقصان المهر أو ردة أحد الزوجين .

(١) البدائع جـ ٢ صـ ٣٣٧ — ٣٣٨

الباب الأول
فى الطلاق

الفصل الأول

فى

بيان معنى الطلاق ، حكمة تشريعه من يملكه والسر فى ذلك

معنى الطلاق : الطلاق فى اللغة حل القيد مطلقا ، سواء كان حسياً أو معنوياً فكما يقال فى اللغة : طلقت المرأة ، أى حللت قيد الزواج المعنوى ، وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين ، يقال : طلقت الأسير من قيده ، أى حللت قيده الحسى وخليت عنه ، وكما يقال : أطلقت الأسير من قيده يقال : أطلقت المرأة ، غير أن العرف قصر استعمال لفظ الطلاق على حل القيد المعنوى ، وخص حل القيد الحسى بلفظ الإطلاق ، فيقال : طلق الرجل زوجته ولا يقال : أطلقها ، ويقال أطلق فلان الأسير أى حل قيده وخلى عنه ، ولا يقال : طلقه ، ولهذا كان الطلاق من الألفاظ الصريحة التى يقع بها الطلاق من غير حاجة إلى النية بخلاف الإطلاق فإنه من الكنايات التى لا يقع بها الطلاق إلا بالنية [1].

وفى عرف الفقهاء حل رابطة الزوجية فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو مايقوم مقامه ، فحل رابطة الزوجية فى الحال يكون بالطلاق البائن ، وحلها فى المآل يكون بالطلاق الرجعى ، فإذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا لا تنحل

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ٩٨ البحر الرائق جـ ٣ ص ٢٥٢ شرح الدر مع حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٢٥ .

رابطة الزوجية بهذا الطلاق إلا بعد العدة، ولهذا يجوز للزوج أن يراجعها مادامت العدة بدون عقد جديد رضيت الزوجة أو لم ترض .

والمراد باللفظ المخصوص ما دل على حل رابطة الزوجية صراحة كلفظ الطلاق أو التطليق وما أخذ منهما ، أو بطريق الكناية كلفظ الإطلاق والبائن والحرام ونحوها من كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ويترجح فيه معنى الطلاق بالنية أو بدلالة الحال ، ويقوم مقام اللفظ الكتابة والإشارة المفهمة ، ويلحق بلفظ الطلاق لفظ الخلع وقول القاضي « فرقت » في الحالات التي يفرق فيها القاضي بين الزوجين، كما في اللعان وإباء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته ، فإن كل هذا معدود من الطلاق .

وبكلمة اللفظ المخصوص يخرج الفسخ ، لأن الفسخ وإن كان يحل رابطة الزوجية في الحال إلا أنه لا يكون بذلك اللفظ المخصوص[١] .

حكمة تشريع الطلاق :

قضية الطلاق أخذت دوراً كبيراً من الجدل في هذا العصر، فدعا كثير من الكاتبين إلى جعله في يد القاضي وغالى آخرون فدعوا إلى إغلاق باب الطلاق نهائياً لتستقر الأسرة ولا يتعرض الأطفال لكثير من الشرور والآفات من جراء انفصال الأبوين ، ونحن نبين هنا حكمة الطلاق ومن يملكه وسر جعله بيد الزوج لا بيد غيره مجردين فيما نقرر عن روح التعصب ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حي عن بينة فنقول وبالله التوفيق .

إن الزواج لم يشرع إلا لمقاصد سامية وأغراض نبيلة أهمها تكون الأسر والجماعات على وجه يكفل سعادتها ويحقق هناءتها وأن يكون عونا على اجتياز

---

(١) البحر ج ٣ ص ٢٥٢ .

مراحل الحياة الشاقة واحتمال أعبائها المضنية باختيار شريكة يسكن إليها الرجل وتسكن إليه ، ويرى أحدهما فى صاحبه مثال الرحمة والمودة وراحة القلب واطمئنان البال ، فيشعر كل بالميل إلى صاحبه وبحاجته إلى معونته على تكاليف الحياة ، ولا شك أن تلك المعانى السامية تجعل الزواج نعمة كبرى تجب المحافظة عليها بكل الوسائل ، وتجعل الأصل فيه البقاء والاستمرار ، ولكن هذه المقاصد التى شرع من أجلها الزواج قد لا تتحقق ، وقد تصاب الحياة الزوجية بما لا يستطاع معه العشرة ، وتصبح جحيما بعد أن كانت سكنا وراحة ، وشرا بعد أن كانت خيراً ونعمة ومصدراً لشقاء لا يحتمل ، وذلك لأسباب كثيرة .

فقد يكون بين الزوجين نفور طبيعى بسبب تباين الأخلاق وتنافر الطباع وقد يطلع أحدهما من صاحبه على ما لا يحب ويرضى من سلوك شخصى أو عيب خلقى ، وقد يصاب أحدهما بمرض لا تستطاع معه العشرة ، وقد يظهر أن الزواج لم يحقق ما يرجوان من نسل وبذلك يفوت أهم مقاصد الزواج . . إلى غير ذلك من الأسباب التى لا تتوافر معها المحبة بين الزوجين ولا يتحقق فيها التعاون على شئون الحياة والقيام بحقوق الزوجية كما أمر الله لهذا كان لابد من إيجاد باب للخلاص من هذه الحياة التى أصبحت لا تحقق المقصود منها ، والتى لو ألزم الزوجان بالبقاء فيها على ما بينهما من بعض وكراهة لأكلت الضغينة قلوبهما وكاد كل منهما للآخر وسعى للخلاص منه بما يتهيأ له من الوسائل ، وقد يهمل أحدهما صاحبه ويلتمس المتعة عند غيره وبذلك تصبح الحياة الزوجية منفذا إلى كثير من الشرور والآثام والمخادنات البغيضة بعد أن كانت سياجا لشرف الزوجين وإعفافهما ، وذلك الباب هو الطلاق الذى شرعه الله ليتخلص به الزوجان من المفاسد والشرور التى قد تترتب على بقاء حياة كريهة بغيضة ، وليستبدل

كل منهما بزوجه زوجا آخر قد يأتلف معه ويتبادل معه المودة والرحمة مصداقا لقول الله تعالى « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته ، وكان الله واسعاً حكيماً »(١)

يقول بنتام(٢) المتشرع الإنجليزى فى كتابه « أصول الشرائع » : لو أن أحد الزوجين اشترط على الآخر عند العقد ألا يفارقه ولو حلت فى قلوبهما الكراهة محل الحب والوئام لكان ذلك أمراً منكراً لا يصدقه أحد من الناس وإذا جاز وقوعه من شابين متحابين غرهما شعور الشباب فظنا ألا افتراق بعد اجتماع ولا كراهة بعد محبة فإنه لا ينبغى وقوعه من متشرع خبر الطباع وحنكته التجارب ، إذ لو وضع متشرع قانوناً يحرم فض الشركات ، ويمنع رفع ولاية الأوصياء وعزل الوكلاء ومفارقة الرفقاء لصاح الناس أجمعون : إنه نهاية الظلم ، واعتقدوا صدوره

---

(١) آية : ١٣٠ من سورة النساء .

(٢) ليس الغرض من ذكر كلام بنتام تأييد ماقرره الإسلام من تشريع الطلاق وإثبات أنه حق فإنه أمر لا يخفى على ذى فطرة سليمة ولا ينكره إلا معاند أو جاهل وكيف يخفى ذلك وهو أمر توجبه المصلحة وتحتمه الضرورة ، وإنما غرضنا الرد على الذين يعجبون بالأفكار الأوربية ويظنون أن قوانين الغرب هى المثل الأعلى فيما يتعلق بالأسرة ونظامها ويدعون بين حين وآخر إلى تقليدهم فيما يسيرون عليه زاعمين أن الأخذ به يحفظ الأسرة من التفكك ويصونها من الانحلال . فهذا العالم الغربى ينقض هذا الزعم ويبين فساد ما يسير عليه التقنين الأوربى من عدم الأخذ بمبدأ الطلاق ، وينادى بأن المصلحة تقضى بترك هذا المبدأ دفعاً للمفاسد والشرور التى تترتب عليه ، ومما يدعو إلى العجب أن الأوربيين قد أدركوا أخيرا حاجتهم إلى شرعية الطلاق فأباحوه على أن يكون بيد القاضى لا الزوج ولكن بعضهم توسع فيه فأباحه لأتفه الأسباب ، كما هو الشأن فى بعض ولايات أمريكا الشمالية ومن يدرى فقد يصل بهم التطور إلى إباحته للزوج كما قررته الشريعة من أول الأمر ، اما نحن فنحاول حرمان الزوج منه توطئة لمنعه فى المستقبل فإلى أين نحن نسير .

من معتوه أو مجنون . . فياعجبا إن هذا الأمر الذى يخالف الفطرة ويجافى الحكمة وتأباه المصلحة ولا يستقيم مع أصول التشريع تقرره القوانين بمجرد التعاقد بين الزوجين فى أكثر البلاد المتمدينة ، وكأنها تحاول إبعاد الناس عن الزواج ، فإن النهى عن الخروج من شىء نهى عن الدخول فيه ، وإذا كان وقوع النفرة واستحكام الشقاق والعداء فى حالى : شرعية الطلاق وعدمها ليس بعيد الوقوع فأيهما خير ؟ أربط الزوجين بحبل متين لتأكل الضغينة قلوبهما ويكيد كل منهما للآخر ؟ أم حل بينهما من رباط وتمكين كل منهما من بناء بيت جديد على دعائم قويمة ؟ أو ليس استبدال زوج بآخر خيراً من ضم خليلة إلى زوجة مهملة أو عشيق إلى زوج بغيض ؟ :

حقاً إن الطلاق قد يترتب عليه بعض الأضرار التى تصيب الأسرة خصوصاً الأطفال ولكن هذا لا يعد شيئاً خطيراً بجانب الضرر الأكبر الذى تصاب به الأسرة والمجتمع كله إذا أبقينا على الزوجية المضطربة والحياة الشاذة التى يحياها الزوجان المتباغضان ، لذلك آثر الإسلام ارتكاب أخف الضررين وأهون الشرين وفى الوقت نفسه اتخذ الضمانات التى تكفل المحافظة على الأولاد وتربيتهم تربية تناسب مقدرة الوالد ، فأثبت للأم حضانة أولادها الصغار ولقريباتها من بعدها وأوجب على الأب القيام بنفقة الأولاد وأجور حضانتهم ورضاعهم حتى ولو كانت الأم هى التى تقوم بذلك ، ونفر من الطلاق وضيق من حدوده بحيث لا يصار إليه إلا عند تفاقم الأمر واشتداد الداء وحين لا يجدى علاج سواه ، فجاء على لسان رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم «أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق[١]»

---

(١) منتقى الأخبار مع نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٨٧

و« أيما امرأة سألت زوجها الطلاق فى غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة [١] » ورغب المولى جل شأنه الأزواج فى الصبر والتحمل والإبقاء على الحياة الزوجية رغم ماقد يكون فى الزوجات من الصفات التى يكرهونها مادامت لا تمس الشرف والدين فقال سبحانه « وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا » [٢] وأرشد الزوجة — إذا ما أحست فتورا فى العلاقة الزوجية — إلى ما تحفظ به العلاقة ويكون له الأثر الحسن فى عودة النفوس إلى صفائها فقال عز من قائل « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً ، والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح ، وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً » [٣] وشرع إرسال الحكمين إذا عجز الزوجان عن الإصلاح وإزالة الشقاق الذى بينهما فقال سبحانه « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا » [٤] ، فإن لم تجد هذه الوسائل فى إزالة الشقاق والقضاء عليه لم يكن ثمة إلا الطلاق حتى يلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن عشرة وأوفق طباعا .

وهذا يدل على أن الطلاق تشريع استثنائى لا يباح إلا عند الضرورة القصوى ، ومامثل قانون الطلاق فى الإسلام إلا كمثل مشرط الجراحة إن استخدم فى المكان اللائق به أتى بأطيب الثمرات ، وإن أسىء استعماله أتى بأسوأ النتائج ، وليس العيب فى المشرط وإنما العيب فى طريقة استعماله واستخدامه ، فإذا رأينا أناساً

(١) منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ج ٦ ص١٨٧
(٢) آية ١٩ : من سورة النساء .
(٣) آية : ١٢٨ من سورة النساء .
(٤) آية : ٣٥ من سورة النساء .

يقدمون على حل رابطة الزوجية لأمور لاتدعو إلى ذلك كغضبة حمقاء أو شهوة طائشة أو طمع فى مال أو منصب يلتمس من وراء زواج جديد فهؤلاء عليهم إثم مايفعلون ، وعلينا أن نعدهم بعيدين عن روح الإسلام وخارجين على تعاليمه ومبادئه، وعلى أولياء الأمر فى الأمة أن يضعوا من العقوبات مايمنع الناس من الخروج على تعاليم الإسلام ومبادئه القويمة .

من يملك الطلاق:

ظهر مما تقدم أن الطلاق أمر لابد من شرعيته ، ولكن من الذى يملكه ؟ من يتتبع النصوص الشرعية الواردة فى الكتاب والسنة يجدها تدل دلالة صريحة على أن الطلاق حق للزوج وليس حقاً للزوجة ، من هذه النصوص قول المولى عز وجل « ياأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » (١) وقوله جل شأنه « ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » (٢) وقوله سبحانه « لاجناح عليكم إن طلقتم النساء » .(٣) .

وما روى أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله سيدى زوجنى أمته وهو يريد أن يفرق بينى وبينها . فصعد رسول الله المنبر فقال : ياأيها الناس مابال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » (٤) يعنى الزوج . . إلى غير ذلك من النصوص التى تدل دلالة واضحة على أن الطلاق بيد الزوج وليس بيد غيره ، حتى ولو كان ذلك الغير مولى له .

---

(١) الآية الأولى من الطلاق (٢) آية ٤٩ من سورة الأحزاب

(٣) آية : ٢٣٦ من سورة البقرة

(٤) زاد المعاد ج ؛ ص٦٥ نيل الأوطار ج٦ ص٢٠٣ فتح القدير ج٣ ص ٤٣

السر فى جعل الطلاق من حق الزوج :

والسر فى جعل الطلاق من حق الزوج دون الزوجة مع أنها طرف فى عقد الزواج وشريكة فيه أن فصم رابطة الزوجية أمر خطير تترتب عليه آثار بعيدة المدى فى حياة الأسرة والمجتمع فينبغى ألا يوضع إلا فى يد من يقدر العواقب حق قدرها ، ويزن الأمور بميزان العقل المحض غير متأثر برغبة عارضة أو غضبة ثائرة ، والثابت الذى لاشك فيه أن الرجل أكثر إدراكا وتقديراً لعواقب هذا الأمر وأبعد عن النزوات فى هذا الباب من المرأة لأمرين :

الأول : أن المرأة بحكم وظيفتها فى الحياة خلقت على طبائع وغرائز تجعلها أشد تأثراً وأسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجل ، ولهذا كانت أصلح من الرجل فى جميع المواطن التى تعتمد على قوة العاطفة كتربية الأطفال وتمريضهم وما أشبه ذلك ، فإذا غضبت المرأة أو رغبت اندفعت مع العاطفة لاتبالى بما ينجم عن هذا الاندفاع ، ولا تتدبر — وهى فى ثورة غضبها أو اشتداد رغبتها — عاقبة ماتفعل ، فلو جعل أمر الطلاق بيدها لحكمت عاطفتها ، وفصمت عرى الزوجية لأتفه الأسباب وأقل المنازعات التى لاتخلو منها حياة الزوجين ، وبذلك تصبح الأسرة مهددة بالانهيار لأضعف نزوة عابرة وأوهى انفعال طارىء .

نحن لاننكر أن من الرجال من هو أشد تأثراً وأسرع انفعالا من بعض النساء وأن من النساء من هن ذوات عقل وأناة وقدرة على ضبط النفس حين الغضب ولكن هذا ليس هو الشأن وليس هو الكثير الغالب ، والتشريع إنما يبنى على الغالب وما هو الشأن فى الرجال والنساء ، ولا يبنى على الآحاد والجزئيات .

الأمر الثانى : أن الطلاق تترتب عليه تبعات مالية يلزم بها الأزواج ، إذ

به يحل المؤجل من الصداق ، وتجب نفقة العدة ، ويضيع على الزوج ما دفعه من المهر وما بذل من المال فى سبيل إتمام الزواج ، ويحتاج إلى بذل مال جديد لإنشاء زوجية جديدة ، ولا شك أن هذه التكاليف التى تترتب على الطلاق من شأنها أن تحمل الزوج على التروى فى إيقاعه ، وتجعله يحرص على بقاء الزوجة ، ولا يقدم على الطلاق إلا إذا رأى أنه أمر لازم لا بد منه ، أما الزوجة فإنه لا يصيبها من مغارم الطلاق المالية شىء حتى يحملها على التروى والتدبر قبل إيقاعه ، ومن الخير للعلاقة الزوجية أن تكون فى يد من هو أحرص عليها وأضن بها. أضف إلى هذا أن المرأة حينما تعقد مع الرجل عقد الزواج على وفق الشريعة الإسلامية تقبل بذلك أن يتولى وحده شئون الطلاق فى الحدود التى قررتها هذه الشريعة ، فالزوج حينما يمارس الطلاق وحده إنما يمارسه بناء على رضا الزوجة الذى يتضمنه عقد الزواج .

على أن الشريعة الإسلامية لم تهمل جانب المرأة وحقها فى موضوع الطلاق فمنحتها الحق فى طلب التفريق ، وأوجبت على القاضى أن يجيبها إلى طلبها ويفرق بينها وبين زوجها إذا كان هناك من الأسباب ما تقره العدالة وتؤيده الشريعة كما إذا تضررت من الزوج وثبت أنه يؤذيها بما لا يليق بأمثالها .

وإنما توقف التفريق من جانب الزوجة على القضاء ، واستقل به الزوج من غير حاجة إلى القضاء لما بيناه من أن المرأة سريعة التأثر والانفعال تحكمها العاطفة وتسيطر عليها ، فقد تقدم على حل رابطة الزوجية لأتفه الأسباب ، أما الرجل فإنه بما أنفق فى سبيل الزواج من مال وبما ألقى عليه من تبعات تترتب على الطلاق يفكر ويقدر قبل الإقدام عليه .

قد يقول قائل : لم لا نجعل أمر الطلاق كله بيد القاضى فلا يملك الرجل أن يستبد بالطلاق ، ولا يكون للزوجين أن يتراضيا على الطلاق فيما بينهما ، بل لابد

من رفع دعوى أمام القضاء وتقتنع المحكمة بوجاهة الأسباب التى تدعو إلى الطلاق كما تجرى عليه القوانين الأوربية وبخاصة القانون المدنى الفرنسى ، وبذلك نسوى بين الرجل والمرأة فى الطلاق ونضمن استقرار الأسرة وعدم إساءة الرجال استعمال هذا الحق . لأن القاضى ناظر غير متحيز فهو ينظر فيما يقدم له من أسباب الطلاق، فإن كانت تصلح سبباً للفرقة حكم بالتفريق ، وإن كانت غير ذلك لا يحكم بالتفريق

ونحن نرى أن هذا القول لا يصدر إلا ممن غفل عن الحقائق الآتية :

١ — إن إعطاء الزوج حق الطلاق بحيث لا يملك إيقاعه أحد سواه إلا بتوكيل منه أو تفويض وضع إلهى وتشريع سماوى كما دلت على ذلك النصوص الشرعية الثابتة التى لا تقبل التأويل وقد سبق إيراد بعضها ، ولا يجوز للقاضى أن يتدخل فى التفريق بين الزوجين إلا إذا فات الإمساك بالمعروف وامتنع الزوج من التسريح بالإحسان ، فيقوم القاضى بالتفريق بينهما رفعا للظلم عن الزوجة ، فسلب الأزواج هذا الحق فى جميع الحالات مخالف للمقرر فى الشريعة وهو لا يجوز ، والقانون الذى يقتضى ذلك لا يكون قانونا مأخوذا من الشريعة الإسلامية بل من القوانين الأجنبية .

٢ — أن جعل الطلاق بيد القاضى فى الواقع حكم على الرجال جميعاً بدون تفرقة بين مثقف وجاهل بأنهم سفهاء لا يحسنون التصرف ولا يوثق بهم فى أخص شأن من شئون حياتهم ومن ثم يجب الحجر عليهم فى الطلاق، صيانة لرابطة الزوجية من العبث وسوء الاستعمال الذى صار من خصائص الرجال .

وياللعجب من أناس أكرمهم الله بالعقل وخاطبهم بأحكامه وشرائعه ، وجعلهم أهلا لكافة التصرفات وقواما على زوجاتهم وأولادهم ثم يأبون هذا

التكريم ويعلنون أنهم ليسوا موضعا لهذه الثقة ولا أهلا لهذه القوامة وأنهم في حاجة إلى فرض رقابة قضائياً عليهم عند الرغبة في إنهاء العلاقة بينهم وبين زوجاتهم .

٣ — أن عدم صلاحية الحياة الزوجية للبقاء قد يكون سببه نفوراً طبيعياً وعدم تلاؤم في الأخلاق والطباع ، وهذه أمور نفسية يعسر إثباتها فإذا جعل الطلاق بيد القاضي وتقدم الزوج طالباً الطلاق لأنه أصبح يبغض زوجته ، وأن حبل المودة قد تقطع بينهما وأنه حاول الإصلاح فلم يفلح فما هي الوسيلة التي يستطيع الزوج بها إثبات بغضه؟ وهل يطلق القاضي حينئذ أم لا يطلق ؟ فإن طلق فما الفرق بين طلاقه وطلاق الزوج نفسه ؟ وإن لم يطلق القاضي فهل يكون هناك حياة زوجية مع هذه الحال يشعر فيها الزوجان بالهناءة والسعادة ، ويتربى في ظلها الأبناء تربية مستقيمة لا شك أن شيئاً من ذلك لن يتحقق ، وأن المصلحة تقضي بقطع العلاقة ، ولا فرق بين أن يكون قطعها بيد الزوج أو القاضي .

وإذا كان سبب فساد العلاقة أمراً آخر غير الحب والبغض كسوء سلوك الزوجة أو وجود عيب خفي فيها وما أشبه ذلك من الأمور التي نهت الشريعة عن إظهارها وأوجبت الستر فيها فهل يكون من المصلحة الاجتماعية نشر ذلك في دور القضاء وتسجيله في سجلاته ؟ لا .. إنه يجب أن تصان الأسرة والمجتمع عن مثل هذه الشرور والمفاسد التي يربو ضررها على ضرر الطلاق وكثرته .

يروى أن بعض الأزواج أراد أن يطلق زوجته فقيل له : ما الذي يريبك فيها ؟فقال « العاقل لا يهتك ستر امرأته ».

الفصل الثاني

ما يتقيد به حق الزوج في إيقاع الطلاق

الطلاق وإن كان مفوضاً للزوج وحقاً من حقوقه لكنه ليس حقاً مطلقاً يستعمله كيفما شاء ويوقعه فى أى وقت أراد وإنما هو حق مقيد بقيود إذا توافرت كان إيقاع الطلاق مباحا لا إثم فيه، وإذا فقد واحد منها كان إيقاعه محظوراً.

وهذه القيود هى:

١ — أن يكون إيقاع الطلاق لسبب يدعو إليه.

٢ — أن يكون الطلاق فى حال الطهر الذى لم يخالط الزوج فيه زوجته.

٣ — ألا يكون الطلاق أكثر من واحدة.

ولما كان الفقهاء يختلفون فى بعض هذه القيود وفى الآثار التى تترتب على مخالفتها والخروج عليها، فسنعرض فيما يلى لبيان رأى الفقهاء فى كل واحد منها، ورأيهم فى الأثر الذى يترتب على مخالفته والخروج عليه.

١ — تقييد الطلاق بالسبب الذى يدعو إليه:

يرى أكثر الفقهاء أن حق الزوج فى الطلاق مقيد بالحاجة إلى إيقاعه فلا يحل له أن يوقع الطلاق إلا إذا كان هناك سبب يدعو إليه كسوء سلوك الزوجة، أو إيذائها الزوج أو الجيران بالقول أو بالفعل، وما أشبه ذلك، فالأصل فى الطلاق عندهم هو الحظر والمنع، ولا يباح إلا للحاجة، واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى «فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» (١) فإنه نهى

---

(١) آية: ٣٤ من سورة النساء.

الأزواج عن التعرض للزوجات إذا استقام أمرهن وصلح حالهن ، وهو يفيد تحريم الطلاق عند استقامة حال الزوجة وعدم الحاجة إليه ، واستدلوا أيضا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق » وقوله صلى الله عليه وسلم « لاتطلق النساء إلا من ريبة ، إن الله لايحب الذواقين والذواقات »

ويرى بعض الفقهاء أن حق الزوج فى الطلاق حق مطلق لا يتقيد بالحاجة، فيحل للرجل أن يطلق زوجته لمجرد الرغبة فى الخلاص منها ولو لم يكن هناك سبب يدعو إليه ، فالأصل فى الطلاق عندهم الإباحة وعدم المنع ، واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى « لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » فإن التعبير برفع الجناح والإثم عن المطلق يدل على أن الطلاق مباح وليس بمحظور .

وبأن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق بعض زوجاته ، وكذلك طلق كثير من الصحابة زوجاتهم ، ولو كان الطلاق محظوراً لما أقدموا عليه (١) .

ولكن هذه الأدلة لاتصلح سنداً لهم فيما ذهبوا إليه ، أما الآية فلأن رفع الجناح فيها راجع إلى إيقاع الطلاق قبل الدخول وقبل تسمية المهر ، وهو لايدل على رفع الإثم عن المطلق إذا أقدم على الطلاق من غير سبب يدعو إليه الذى هو محل الخلاف .

وأما إقدام الرسول وبعض الصحابة على الطلاق فلأنه لم يثبت أن إيقاعهم الطلاق كان لغير سبب يدعو إليه حتى يكون حجة على أن الأصل فى الطلاق هو الإباحة لا المنع .

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢

على أن الظاهر من حال الرسول وحال أصحابه أن طلاقهم كان للحاجة ،لأن الطلاق لغير حاجة يعتبر كفراً بنعمة الزواج ، ويترتب عليه إلحاق الضرر بالزوجة والأولاد ، وهدم ركن من أركان السعادة المنزلية ، ونقض أساس من أسس الاجتماع .

قال ابن عابدين فى كتابه « رد المحتار »(١)، وإذا وجدت الحاجة المذكورة أبيح « يعنى الطلاق » وعليها يحمل ماوقع منه صلى الله عليه وسلم ومن أصحابه وغيرهم من الأئمة صوناً لهم عن العبث والإيذاء بلاسبب »

وقد انبنى على الخلاف فى أصل الطلاق خلاف بين المحاكم الوطنية فى تعويض المطلقة التى يطلقها زوجها بدون سبب ظاهر يدعو إلى هذا الطلاق. فبعضها حكم بالتعويض بناء على أن إيقاع الطلاق وإن كان مفوضا للزوج بحسب أحكام الشريعة لكنه مقيد عند الفقهاء بأن يكون الحاجة تدعو إليه ، فإذا طلق الزوج بدون سبب ظاهر يدعو إلى الطلاق كان مسيئاً فى استعمال الحق المخول له شرعا فيكون ملزماً بتعويض الضرر الناتج عنه سواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً (٢) .

وبعض المحاكم لم يحكم بالتعويض بناء أن الطلاق مباح للزوج فى الشريعة الإسلامية لايتقيد فى استعماله بوجود الحاجة التى تدعو إليه ، فإذا طلق بدون سبب ظاهر كان مستعملا حقه المخول له شرعا ، ولم يوجد منه إساءة تستوجب مسئوليته عن الضرر الذى يلحق الزوجة بسبب الطلاق (٣) .

---

(١) ج ٢ ص ٤٢٧

(٢) حكم محكمة مصر الابتدائية فى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٦ المنشور فى المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية س: ٢٨ ص ١٠٧ وحكم محكمة شبين الكوم الكلية فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المنشور فى مجلة المحاماة س: ١١ ص ٦٤٠

(٣) حكم محكمة مصر الأهلية فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ ، مجلة المحاماة س: ١٥ عدد: ٦ ص ٢٥٦ وحكم محكمة استئناف مصر الأهلية فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ مجلة المحاماة س: ٨ ص ٤٩٧

وفى رأينا أن الحكم بعدم التعويض هو الحكم الصحيح الذى يتفق مع المبادىء الإسلامية ولكن تعليله بأن الطلاق حق مطلق للزوج فى الشريعة الإسلامية غير صحيح ، لأن الراجح عند أكثر الفقهاء أن الأصل فى الطلاق هو المنع ولا يباح إلا للحاجة ، والتعليل الصحيح لهذا الحكم أن يقال: الطلاق وإن كان الأصل فيه فيه الحظر والمنع ولا يباح إيقاعه إلا للحاجة لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لاتجرى عليها وسائل الإثبات وقد تكون مما يجب ستره ، بحيث لو عرضت على القضاء لكان فى ذلك من التشهير والإزدراء بكرامة الزوجين مايتضاءل بجانبه أى اعتبار مادى .

وفى إلزام الزوج بالتعويض إرغام له — ولو بطريقة غير مباشرة — على لستمرار معيشة مشتركة لاتحقق المثل الأعلى الذى أقامه لنفسه ، ومثل هذا الإرغام يخرج الزواج عما شرع له ويجعله علاقة مفروضة على إرادة الطرفين وليست قائمة على التقدير المتبادل المبنى على الرغبة المشتركة ، ومثل هذه الحالة تأباها كرامة الزوجية بلاشك .

وإن مايلزم المطلق من التبعات المالية التى تترتب على الطلاق والتى تستفيد منها الزوجة كدفع مؤخر الصداق ، والقيام بالإنفاق على المطلقة طوال مدة العدة ، والمتعة لمن تجب لها من المطلقات يعتبر كتعويض للزوجة عن الضرر الذى يكون قد لحقها بسبب الطلاق ، فلا يكون هناك حاجة إلى تقرير تعويض آخر زيادة على ما أوجبه الشارع وألزم المطلق به

أثر مخالفة المطلق لهذا القيد

وإذا أوقع الزوج الطلاق ، وخالف فى إيقاعه هذا القيد ، بأن طلق زوجته

بدون حاجة أو سبب يدعو إلى الطلاق فإن الطلاق يقع من غير خلاف بين الفقهاء في ذلك ، وإن كان المطلق يعتبر آثما عند القائلين بأن الطلاق بدون سبب يدعو إليه لايجوز شرعا، ولعل السر فى وقوع الطلاق مع عدم الحاجة إليه يرجع إلى أن الحاجة التى يباح الطلاق لأجلها من الأمور النفسية الخفية التى لايشعر بها إلا صاحبها فاكتفى فيه بترتب الأثر الأخروى ، وهو الإثم على المخالفة لأن الذى يتولاه لايخفى عليه شىء .

٢ — تقييد الطلاق بحالة الطهر الذى لم يخالط الزوج فيه زوجته، وهذا القيد لاخلاف فيه بين الفقهاء ، فإذا أوقع الزوج الطلاق على زوجته فى حال الحيض كان الطلاق محظورا ، ويسميه الفقهاء طلاقا بدعيا ، لمخالفته للمشروع فى الطلاق ، فقد روى أن عبدالله بن عمر طلق امرأته وهى حائض فذكر عمر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتغيَّظ فيه رسول الله ثم قال: مر عبدالله فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسكها فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء (١)

فإن هذا الحديث يدل على أن الطلاق فى الحيض ليس مشروعا بدليل غضب النبى صلى الله عليه وسلم من إيقاع الطلاق فيه .

والحكمة فى هذا أن حالة الحيض منفرة بطبيعتها تنفيرا وقتيا يزول بزوالها وربما كان لهذا النفور الوقتى دخل فى الطلاق فلايدل إيقاع الطلاق حينئذ على وجود الحاجة الحقيقية الداعية إلى الطلاق ، وأيضاً فإن الطلاق فى أثناء الحيض يترتب عليه ضرر بالمرأة بتطويل العدة عليها ، إذ أن الحيضة التى وقع فيها الطلاق لاتحتسب من العدة .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٨٨

وكذلك لو أوقع الرجل الطلاق فى حال الطهر الذى خالط الزوجة فيه ، فإن الطلاق يكون بدعياً محظوراً لقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر المتقدم ،فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها » فإنه يدل على أن الطلاق فى حال الطهر الذى خالط فيه الزوج زوجته منهى عنه ، والمنهى عنه لايكون مباحا، ولأن الطلاق بعد الاتصال بالزوجة يكون طلاقا بعد فتور الرغبة فيها فلا يدل إيقاعه على تحقق الحاجة إلى الطلاق فلا يكون مباحا بل محظوراً أضف إلى ذلك مايترتب على هذا الطلاق من تعريض الزوج للوقوع فى الندم إذا تبين أن الزوجة حامل ، ومن إيقاع الزوجة فى الحيرة فى أمر عدتها فإنها لاندرى أحملت فتعتد بوضع الحمل أو لم تحمل فتعتد بالأقراء؟

ويتبين من هذا القيد أنه لايتحقق إلا إذا كانت المرأة قد دخل بها الزوج وكانت من ذوات الحيض ، أما التى لم يدخل بها الزوج فإن طلاقها لايكون محظوراً سواء كان فى حال الحيض أو الطهر ، لعدم وجوب العدة فى حقها فلا يحصل الاشتباه الذى هو من أسباب حظر الطلاق ، وكذلك الزوجة التى دخل بها الزوج وكانت حاملا أو لاتأتيها العادة الشهرية ، لأنه لايترتب على طلاقها ولو عقيب الوقاع اشتباه فى نوع العدة أو تطويل فى مدتها ، لأن عدة الحامل تنتهى بوضع الحمل ، وعدة من لاتأتيها العادة الشهرية تنتهى بمضى ثلاثة أشهر من تاريخ الطلاق .

أثر مخالفة هذا القيد :

وإذا أوقع الزوج الطلاق ، وخالف فى إيقاعه هذا القيد بأن طلق زوجته فى حال الحيض أو فى حال الطهر الذى خالطها فيه فلا خلاف بين الفقهاء فى أنه يعد آثما لمخالفته ما أمر الشارع به فى إيقاع الطلاق وإنما الخلاف بينهم فى وقوع هذا

الطلاق ، فقال الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء : إن الطلاق يقع ، وقال جمهور الشيعة الإمامية وابن حزم الظاهرى : إن الطلاق لايقع ، وارتضى هذا القول ودافع عنه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

وحجة الأئمة الأربعة ومن وافقهم فى ذلك ماروى أن عبد الله بن عمر طلق أمرأته ، وهى حائض فسأل عمر عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يأمر ابنه عبد الله بمراجعتها والمراجعة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق ، ويؤيد هذا أن عبد الله بن عمر سئل عما إذا كانت تلك الطلقة التى طلقها فى حال الحيض قد احتبست فقيل له : أفيعتد بها ؟ فقال : أرأيت إن عجز ، واستحمق ؟ يعنى أن عجزه وحمقه لا يكون عذرا له فى عدم الاعتداد بطلاقه إذا ما حالا دون الطلاق المشروع .

وكذلك يؤيده ما جاء فى بعض الروايات « وكان عبد الله طلق تطليقة فحسبت من طلاقها وراجعها كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

وما رواه الدار قطنى « أن عمر قال يا رسول الله أفتحتسب بتلك التطليقة قال : نعم » (١) .

وهذا يدل دلالة واضحة على أن الطلاق فى حال الحيض يقع ، ومثله فى ذلك

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٨٩ . وفيه أن ابن حزم أورد على قوله « فحسبت من طلاقها » أن ابن عمر لم يصرح بمن حسبها عليه ، ولا حجة فى عمل أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد أجاب الحافظ ابن حجر عن ذلك : بأن النبى صلى الله عليه وسلم هو الآمر بالمراجعة ، وهو المرشد لابن عمر فيما يفعل إذا أراد طلاقها بعد ذلك ، فإذا أخبر ابن عمر أن الذى وقع منه حسب عليه بتطليقة كان احتمال أن يكون الذى حسبها عليه غير النبى صلى الله عليه وسلم بعيدا جدا مع احتفاظ القرائن فى هذه القصة بذلك ، وكيف يتخيل أن ابن عمر يفعل فى القصة شيئاً برأيه وهو ينقل أن النبى صلى الله عليه وسلم تغيظ من صنعه حيث لم يشاوره فيما يفعل فى القصة المذكورة .

الطلاق فى حال الطهر الذى خالط الزوج زوجته فيه .

أما المخالفون للجمهور فاستدلوا على رأيهم بما يأتى :

أولا : ماجاء فى بعض روايات حديث عبد الله بن عمر المتقدم « أن عبد الله ابن عمر طلق امرأته ، وهى حائض ، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك ، قال عبد الله « فردها على رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرها شيئا » وهو صريح فى عدم وقوع الطلاق فى حال الحيض .

ولكن يرد على ذلك : بأن هذه الرواية التى استند إليها المخالفون جاءت من طريق أبى الزبير وهى مخالفة لرواية سائر الحفاظ كما قال الإمام أحمد . ويقول ابن عبد البر قوله « ولم يرها شيئاً » منكر لم يقله غير أبى الزبير ، وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف إذا خالفه من هو أوثق منه . على أن قوله « ولم يرها شيئاً » يحتمل أن يكون معناه : أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم ير هذه الطلقة مانعة من الرجعة أو لم يرها شيئاً جائزاً فى السنة (١) ، وعلى هذا لاتصلح هذه الرواية أن تكون حجة على ماذهبوا إليه .

ثانياً — ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » قالوا ، هذا حديث لاشك فى صحته كما أنه لاشك فى أن الطلاق فى حال الحيض ليس موافقا للشرع فيكون مردوداً على صاحبه ، ولا يترتب على المردود أثر .

ويجاب عن هذا : بأن المخالفة التى تستوجب رد العمل وعدم الاعتداد به هى المخالفة التى يترتب عليها تخلف ركن من أركان العمل أو شرط من شروطه ، والمخالفة التى تترتب على ايقاع الطلاق فى الحيض أو الطهر الذى خالط الزوج فيه زوجته لا يترتب عليها شىء من ذلك فلاتستوجب عدم اعتبار الطلاق ، ولا تستدعى رده وعدم وقوعه .

(١) المرجع المتقدم ، وسبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ ص ٢٦٥

ثالثاً — أن الطلاق فى حال الحيض أو الطهر الذى خالط الزوج زوجته فيه نهى الشارع عنه ولم يأذن فيه فلا يكون مملوكا للزوج فإذا أوقعه كان متصرفا فيما لا يملك فلا يصح ولا يقع كالوكيل بالطلاق إذا خالف أمر الموكل فإن طلاقه لا يقع بل إن عدم الوقوع هنا أولى من عدم الوقوع فى مسألة الوكيل لأن مخالفة إذن الخالق أشد من مخالفة إذن المخلوق .

ولكن يرد على ذلك : بأن النهى عن الطلاق فى الحيض لا يستلزم عدم الاعتداد به إذا وجد ، لأن هذا النهى ليس راجعاً إلى نفس الطلاق ولا إلى صفة من صفاته وإنما هو راجع إلى شىء آخر وهو عدم وجود الحاجة إلى هذا الطلاق أو ما يترتب عليه من إيذاء الزوجة بإطالة العدة عليها ، والنهى إذا كان راجعاً إلى أمر خارج عن المنهى عنه لا يدل على فساده إذا وقع ، وذلك كالبيع وقت الأذان لصلاة الجمعة فإن الشارع نهى عنه لما يترتب عليه من الاشتغال عن الصلاة لكن لو وقع كان صحيحاً وتترتب عليه آثاره .

أما القياس على الوكيل بالطلاق فإنه قياس مع الفارق إذ الوكيل فى الطلاق سفير ومعبر عن الموكل والسفير لا يملك غير ما فوض إليه ، فإن أوقع الطلاق كما أذنه الموكل وقع ؛ وإن خالف إذن الموكل لا يقع ، أما الزوج فإنه لا يوقع الطلاق نيابة عن غيره ولا عن المولى عز وجل وإنما يوقعه لنفسه ، فمتى كان أهلا لإيقاع الطلاق وكان المحل قابلا لوقوعه وقع الطلاق وكان معتداً به .

ومما تقدم يتبين ضعف رأى هؤلاء العلماء ورجحان ماذهب إليه الجمهور وهو ما يجرى عليه العمل فى المحاكم إلى الآن .

٣ — تقيد الطلاق بألا يكون أكثر من واحدة ، فإذا طلق الرجل زوجته فى حال الطهر الذى لم يخالطها فيه طلقة واحدة فإن طلاقه لا يكون مباحا لاشىء

فيه ، لموافقته للمشروع فى إيقاع الطلاق . أما إذا طلقها أكثر من واحدة فإن طلاقه يكون بدعيا محظوراً ، سواء أكان بلفظ واحد أو بألفاظ متفرقة فى طهر واحد ، فإذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق ثلاثا أو اثنتين ، أو قال لها : أنت طالق ثم طلقها مرة أخرى فى نفس الطهر قبل أن يراجعها كان الطلاق بدعيا محظوراً ، وهذا على رأى الجمهور من الفقهاء [١] ، وهو الراجح ، لقيام الأدلة العديدة على ذلك ، من هذه الأدلة قول الله تعالى « الطلاق مرتان » [٢] فإن معناه ، أن الطلاق المباح ما كان مرة بعد مرة ، وهذا يفيد أن الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث أو الثنتين لم يكن مباحا .

وما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا ، فقام غضبان ، ثم قال : أيلعب بكتاب الله ، وأنا بين أظهركم ، حتى قام رجل فقال : يارسول الله ألا أقتله ؟

ومنها أن الأصل فى الطلاق الحظر ، ولكنه أبيح للحاجة إلى الخلاص لعدم توافق الأخلاق وتباين الطباع أو لغير ذلك من الأسباب ، والحاجة تنتهى بالطلقة

---

(١) وذهب الإمام الشافعى وأبو ثور وداود وأحمد فى إحدى الروايات إلى أن الطلاق بلفظ الثلاث أو الثنتين مباح وليس بمحظور ، واستدلوا على ذلك بما روى أن عويمرا العجلانى لما لاعن امرأته أمام النبى صلى الله عليه وسلم قال يارسول الله : كذبت عليها إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثاً ، ولم ينكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم فيكون دليلا على إباحته ، ولكن يرد على هذا بأن الزوجة باللعان تحرم على زوجها فإذا طلقها بعد اللعان كان الطلاق عبثا لافائدة منه فلا يكون هناك حاجة إلى الإنكار عليه من النبى صلى الله عليه وسلم فلا يكون فى ترك الإنكار عليه ما يدل على أن الطلاق بلفظ الثلاث مباح .

(٢) آية : ٢٢٩ من سورة البقرة .

الواحدة ، فيكون مازاد عليها طلاقا لغير حاجة ، والطلاق لغير الحاجة لا يكون مباحا ، وأيضا فإن الزوج إذا طلق زوجته طلقة واحدة كان المجال أمامه متسعا لمراجعة زوجته إذا رغب فى مراجعتها ، فإذا طلقها أكثر من واحدة فإنه يضيق على نفسه بلا داع ولا مبرر .

أثر مخالفة هذا القيد :

وإذا خالف الزوج هذا القيد وطلق زوجته ثلاثا بعبارة واحدة أو بعبارات متفرقة فى مجلس واحد أو فى طهر واحد فإنه يكون آثما بإيقاع الطلاق على هذا الوجه عند جمهور الفقهاء الذين لا يبيحون الطلاق على هذا الوجه ، ولكن هل يقع هذا الطلاق أو لا يقع ؟

للفقهاء فى ذلك أقوال ثلاثة :

القول الأول . أنه لا يقع به شىء أصلا ، وهو قول أكثر الشيعة الإمامية

القول الثانى : أنه يقع به ثلاث طلقات كما أوقعه المطلق ، وهو قول الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء ، وهو منقول عن كثير من الصحابة كعمر وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود وعثمان بن عفان وعلى بن أبى طالب وأبى هريرة وغيرهم .

القول الثالث : أنه يقع به طلقة واحدة ، وهو رأى بعض الشيعة الإمامية والزيدية ومذهب ابن اسحاق واختاره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ودافعا عنه دفاعاً عنيفاً ولكل منهم أدلة على ماذهب إليه .

أما الأولون فاستدلوا على رأيهم هنا بما استدلوا به على رأيهم فى عدم وقوع الطلاق فى حال الحيض ، لأن كلا منهما طلاق غير مشروع ، وقد سبق الرد على هذه الأدلة وبيان أنها لا تصلح لإثبات ماذهبوا إليه .

وأما الأئمة الأربعة ومن وافقهم فاستدلوا على مذهبهم بما يأتى :

ا — مارواه النسائى عن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ؟ حتى قام رجل وقال : يارسول الله ألا أقتله ؟ فإن هذا الحديث يدل على أن الطلاق إذا أوقع بلفظ الثلاث يكون ثلاثاً ويلزم المطلق بها وإن كان عاصيا فى إيقاع الطلاق ، يرشدنا إلى ذلك غضب الرسول صلى الله عليه وسلم من إيقاع الطلاق بلفظ الثلاث ، إذا لو كان الطلاق المقترن بلفظ الثلاث لايقع به شىء أصلا أولا يقع به إلا طلقة واحدة لما كان هناك داع إلى الغضب ممن طلق زوجته بهذا اللفظ ، لأن الزوجية حينئذ لاتنتهى بهذا الطلاق بل يكون فى إمكان الرجل أن يعود إلى معاشرتها بدون احتياج إلى الرجعة إن لم يقع به شىء ، وبالرجعة إن كان الواقع به طلقة رجعية . كما يرشدنا إلى ذلك أيضا عدم أمره صلى الله عليه وسلم لمن طلق بمراجعة زوجته ، ولو كان له مراجعتها بعد هذا الطلاق لأمره بالمراجعة كما فعل مع عبدالله بن عمر حين طلق امرأته فى حال الحيض تطليقة واحدة فإنه عليه الصلاة والسلام مع غضبه على ابن عمر أمره بمراجعتها .

ب — ماروأه الدارقطنى والطبرانى أن عبدالله بن عمر طلق امرأته تطليقة وهى حائض ، ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ياابن عمر ماهكذا أمرك الله ، إنك قد أخطأت السنة ، السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء « يعنى تطليقة » قال ابن عمر فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فراجعتها ، ثم قال : إذا هى طهرت فطلق

عند ذلك أو أمسك ، فقلت يارسول الله : أريت لو أنى طلقتها ثلاثاً أ كان لى أن أراجعها ؟ قال : لا ، كانت تبين منك ، وتـكون معصية (١)

وهذا الحديث يدل على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد مع كونه معصية وأن كونه معصية لا تمنع من لزومه والاعتداد به .

حـ — مارواه أبو داود فى سننه والشافعى فى الأم (٢) أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة المزنية ألبتة ، ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنى طلقت امرأتى سهيمة ألبتة ، والله ماأردت إلا واحدة فقال النبى صلى الله عليه وسلم لركانة : والله ماأردت إلا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت إلا واحدة فردها إليه النبى صلى الله عليه وسلم . فطلقها الثانية فى زمن عمر ، والثالثة فى زمن عثمان رضى الله عنهما .

وهذا الحديث من أصرح الأدلة وأوضحها فى الدلالة على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد وذلك من وجهين:

الأول : أن الطلاق الثلاث لو كان لا يقع بلفظ واحد لما كان هناك معنى لقول ركانة : والله ما أردت إلا واحدة ، واستحلاف الرسول صلى الله عليه وسلم بالله على أنه لم يرد بلفظ « ألبتة » إلا واحدة ،

---

(١) طعن المخالفون للجمهور فى وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد فى هذا الحديث بأن رواية الدارقطنى فيها من لا يحتج برواياتهم كعطاء الخرسانى ولكن يرد على ذلك بأن عطاء الخراسانى قد توبع على روايته فى رواية الدارقطنى وهذه المتابعة تقوى روايته وتجعلها صالحة للاحتجاج بها . فتح القدير جـ ٣ صـ ٢٤ .

(٢) جـ ٥ ص ١٢٢

الثانى : أن لفظ « ألبتة » ليس صريحاً فى الطلاق الثلاث، ولفظ « ثلاثاً » صريح فيه ، فإذا كان الطلاق الثلاث يقع بلفظ « ألبتة » إذا قصد المطلق ذلك فأولى أن يقع بلفظ الثلاث الذى هو صريح فيه .

د — ماأخرجه البيهقى فى سننه (١) أن عائشة الخثعمية كانت عند الحسن بن على بن أبى طالب رضى الله عنهما ، فلما مات على قالت له : لتهنك الإمارة أو الخلافة ، فقال الحسن : يقتل على وتظهرين الشماتة ؟ اذهبى فأنت طالق ثلاثاً فلما انقضت عدتها بعث إليها بعشرة آلاف متعة وبقية بقيت لها من صداقها ، فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق ، فلما بلغه قولها بكى وقال : لولا أن أبى حدثنى أنه سمع جدى يقول : أيما رجل طلق امرأته ثلاثاً جميعاً أو ثلاثاً عند الأقراء لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لراجعتها » وهذا الحديث نص فى أن الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث ، يقع ثلاثاً .

ه — ما نقل عن كثير من الصحابة رضى الله عنهم من أن الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً ، من ذلك ما رواه أبو داود فى سننه عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال : إنه طلق امرأته ثلاثاً ، فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه ، ثم قال : ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول ياابن عباس ياابن عباس وإن الله قال « ومن يتق الله يجعل له مخرجا » وإنك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجاً عصيت ربك وبانت منك امرأتك »

وماجاء فى الموطأ أن رجلا جاء إلى ابن مسعود فقال : إنى طلقت امرأتى ثمانى تطليقات فقال ماقيل لك ؟ فقال : قيل لى بانت منك . قال : هو مثل مايقولون ، وظاهر هذا الإجماع على هذا الجواب .

---

(١) ج ٧ ص ٣٣٦

وماأخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه « أن رجلا جاء إلى عثمان بن عفان فقال: إنى طلقت امرأتى مائة ، فقال ثلاث تحرمها عليك وسبع وتسعون عدوان » .

وماجاء فيه أيضاً « أن رجلا جاء إلى على بن أبى طالب فقال : إنى طلقت امرأتى ألفاً ، فقال : بانت منك بثلاث »

وقد ثبت مثل ذلك عن عائشة وعبدالله بن عمر وأبى هريرة وعبد الله بن عمر وأنس بن مالك وعبادة بن الصامت والمغيرة بن شعبة وغيرهم ولايعرف لهم مخالف ولم يثبت عن واحد منهم خلاف ذلك فيكون إجماعا من الصحابة (١) على أن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثا .

أما القائلون بأن الطلاق بلفظ الثلاث أوالطلاق ثلاث مرات فى مجلس واحد يقع به واحدة فاستدلوا بما يأتى :

١ — قول الله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فإن طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فإن هذه الآية تدل على أن الله تعالى شرع الطلاق مفرقاً مرة بعد مرة، ولم يشرعه كله دفعة واحدة، وما كان مشروعاً مرة بعد مرة لايملك المكلف إيقاع مراته كلها جملة واحدة ، فإذا جمع الرجل الثلاث أو الطلقتين فى عبارة واحدة لايقع إلا واحدة .

ولكن يرد على ذلك : بأنه لانزاع فى أن الطلاق المفرق الذى يكون

---

(١) انظر منتقى الأخبار مع شرح «نيل الأوطار» ج٥ ص١٩٥ فتح القدير ج٣ ص٦٢

مرة بعد مرة هو الطلاق المباح أو المشروع ليكون هناك مجال للتروى وتدارك الأمر إذا تغير رأى الزوج ووجد أن المصلحة فى العودة إلى الزوجة وإنما النزاع فى وقوع الطلاق وعدم وقوعه إذا لم يكن مفرقاً ، وليس فى الآية مايدل على شىء من ذلك ، وعلى هذا يكون المرجع فى معرفة هذا الحكم إلى السنة . وقد جاء فى السنة مايدل على أن الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث يقع ثلاثا ، وإن كان المطلق مخالفاً بإيقاع الطلاق على هذا الوجه ، وقد ذكرنا بعض الأحاديث الصحيحة التى تفيد ذلك فيما تقدم .

ب ـ مارواه أحمد ومسلم عن عبدالله بن عباس قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكروسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم » فإن معنى هذا الحديث — كما فهموا — أن الناس كانوا يطلّقون بلفظ الثلاث ، وكان هذا الطلاق يجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومدة خلافة أبى بكر وجزء من خلافة عمر ثم جعله عمر ثلاثا ، اجتهاداً منه فى ذلك ، لأنه وجد النـاس قد استهانوا بأمر الطلاق وكثر منهم إيقاع الثلاث مرة واحـدة فرأى من المصلحة أن يلزمهم بمـا التزموه عقوبة لهم على مخـالفة المشروع فى الطلاق واستعجالهم فيما جعل الله لهم الأناة فيه رحمة منه وإحساناً وحرصاً على إبقاء العشرة بين الزوجين ، وقد علم الصحابة حسن سياسة عمر وتأديبه للرعية فى ذلك فوافقوه على ما ألزم النـاس به ، ولمـا كثرت المفاسد فى العصور المتأخرة من القول بوقوع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ، فمن الناس من يلجأ بعد وقوعه إلى تلمس فتوى من بعض الفقهاء بفساد العقد ومنهم من يلجأ إلى المحلّـل وهما أمران أحلاهما مر ، ومفاسد التحليل لا تخفى على أحد

فإنه يمتنع فى هذه الأزمنة معاقبة الناس بما عاقبهم به عمر وأن يرجع إلى ما كان عليه الأمر فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم وخلافة أبى بكر وجزء من خلافة عمر حتى تزول هذه المفاسد أو تقل .

ولكن يرد على هذا : بأن الحديث لا يصح أن يحمل على هذا المعنى الذى فهمتم لأنه لو كان المراد منه ذلك لكان مخالفا للأحاديث الصحيحة التى تدل على أن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثا والتى تقدم إيراد بعضها ، ولكان مخالفا لما صح عن ابن عباس الذى نقل عنه هذا الحديث من أنه كان يفتى من سأله عن حكم الطلاق بلفظ الثلاث بأنه يقع ثلاثا ، ومن المستبعد أن يفتى ابن عباس على خلاف ماحفظه عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولترتب على ذلك أن عمر قد خالف سنة رسول الله وخالف الإجماع الذى تقرر فى زمن أبى بكر وأقره الصحابة على ذلك وهو بعيد كل البعد ، والاعتذار عن ذلك بأن عمر إنما فعل مافعله بناء على مارآه من المصلحة حيث إنه وجد الناس فى زمنه قد أساءوا استعمال الطلاق وأكثروا من إيقاعه بلفظ الثلاث مخالفين بذلك كتاب الله وسنة ورسوله فرأى أن يوقع عليهم الثلاث وأن يلزمهم بما التزموا عقوبة وتأديباً لهم على مخالفة المشروع فى إيقاع الطلاق اعتذار لا يفيد هنا ، لأن الاجتهاد لا يسوغ إذا كان فى المسألة التى يراد الاجتهاد فيها نص قاطع أو إجماع صحيح ، وهذه المسألة — على رأيكم — قد تحقق فيها ذلك فإن رسول الله — كما تقولون — كان يعتبر الطلاق بلفظ الثلاث واحدة ، وأن الأمر كان على عهد أبى بكر وسنتين من إمارة عمر مشهوراً بين الصحابة كلهم، وهم بين مفت به ومقر للفتوى وساكت عليها حتى كان إجماعا فكيف يأتى عمر بعد ذلك ويغير المشروع ويخالف ما كان عليه الأمر قبله باجتهاد منه وعملا بالمصلحة، ثم إذا أراد عمر ذلك كيف يقره الصحابة على هذا التغيير، وهم الذين كانوا يعارضونه

فيما هو أقل شأناً من ذلك ، والمسألة مسألة تحليل وتحريم وسد باب الرجوع إلى الحياة الزوجية على من طلق بلفظ الثلاث وهو لا يعرف إلا من صاحب الشريعة وليس للاجتهاد ولا للسياسة مجال فيه ، ولا يمكن عمر ولا غيره أن يغير باجتهاده المشروع فيحل ما كان حراماً أو يحرم ما كان حلالاً .

ولهذا كان من المتعين أن يحمل هذا الحديث على معنى يلتقي به مع سائر الأحاديث الواردة فى هذه المسألة وما صح عن ابن عباس وغيره من الصحابة من الفتوى بأن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثا ولا يكون فيه نسبة عمر والصحابة إلى مخالفة السنة والخروج على الإجماع وهذا المعنى هو : أن المراد بطلاق الثلاث الوارد فى الحديث هو الطلاق الذى يكرر فيه لفظ الطلاق ثلاث مرات ، بأن يقول الرجل لزوجته : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، فهذا هو الذى كان يجعل طلقة واحدة فى عهد رسول الله وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر ، لأن الناس فى ذلك الزمن كانوا يقصدون به تأكيد الطلاق الواحد لا إيقاع الثلاث ، وكانوا يصدقون فى أن نيتهم ذلك التأكيد لسلامة صدورهم وغلبة الصدق عليهم فلما رأى عمر أن الأحوال قد تغيرت وأن من الناس من كان يقصد بهذا التكرار إيقاع الثلاث لا تأكيد الطلقة الواحدة منع من حمل اللفظ على التأكيد وصار لا يسمع لدعوى من يدعيه وحمل اللفظ على إرادة التعدد بدون تفرقة بين من يدعى التأكيد ومن لا يدعيه ، وهذا من السياسة الشرعية الحكيمة التى أقره عليها جميع الصحابة (١) .

ومن هذا يتبين أن القول بوقوع الطلاق ثلاثاً إذا كان بلفظ الثلاث هو

---

(١) انظر فتح القدير جـ ٢ صـ ٢٥ ، أحكام الأحوال الشرعية لفضيلة الأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج صـ ٣١٢ .

الراجح الذى تشهد له السنة وعليه إجماع الصحابة، وقد كان العمل فى المحاكم يجرى على هذا القول الذى هو مذهب الحنفية ومذهب الأئمة الثلاثة وهو ما كان عليه الصحابة والتابعون، ثم صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فعدل عن ذلك إلى رأى القائلين باعتبار الطلاق بلفظ الثلاث واحدة فنص فى المادة الثالثة منه على أن « الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة » وبهذا أصبح الطلاق المقترن بالعدد لفظاً كأن يقول الزوج لزوجته: طلقتك اثنتين أو ثلاثا لايقع به إلا واحدة، وكذلك الطلاق الذى صحبته إشارة كأن يقول: طلقتك هكذا وأشار بأصابعه الثلاث أو الاثنتين لايقع به إلا واحدة، فيكون للزوج بعده أن يرجع زوجته إلى عصمته إن كان رجعيا بغير حاجة إلى رضاها إن كانت فى العدة، ويجوز له أن يتزوجها بعقد جديد بعد انتهاء العدة من غير حاجة إلى زواجها برجل آخر إلا إذا كان هذا الطلاق مسبوقا بطلقتين قبله فلا يحل له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت رجلا آخر.

والذى يؤخذ من المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن الغرض من هذا التعديل هو التيسير على الناس الذين يندفعون إلى هذا النوع من الطلاق وإيجاد مخلص لهم لايضطرون معه إلى زواج التحليل المذموم أو التماس الفتوى بفساد العقد من بعض الفقهاء.

وهذا التيسير الذى أراده واضعوا هذه المادة يكون حسناً ومقبولا لو كان يستند إلى رأى يدل عليه دليل شرعى صحيح ولكن هذا الرأى الذى اعتمدوا عليه لم تنهض له الحجة ولم يسلم له دليل كما بيناه، ثم هو مع ذلك رأى شاذ مخالف لما عليه جمهور الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب الأربعة فلا يجوز العمل به. قال الحافظ بن رجب الحنبلى فى كتابه « بيان مشكل الأحاديث الواردة فى أن الطلاق

الثلاث واحدة » « اعلم أنه لم يثبت عن أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من أئمة السلف المعتد بقولهم فى الفتاوى فى الحلال والحرام شىء صريح فى أن الطلاق الثلاث بعد الدخول يحسب واحدة إذا كان بلفظ واحد . ولا نعلم من الأمة أحداً خالف فى هذه المسألة مخالفة ظاهرة لاحكما ولاقضاء ، ولاعلماً ولا إفتاء ولم يقع ذلك إلا من نفر يسير جداً وقد أنكره عليهم من عاصرهم غاية الإنكار وكان أكثرهم يستخفى بذلك ولا يظهره ، فكيف يكون إجماع الأمة على إخفاء دين الله الذى شرعه على لسان رسوله واتباع اجتهاد من خالفه برأيه فى ذلك هذا لايحل اعتقاده ألبتة »

على ان اعتبار الطلاق المقترن بعدد الثلاث واحدة لم يأت بالنتيجة التى أرادها واضعوا مشروع هذه المادة ، فإن الناس مازالوا يكثرون من إيقاع الطلاق الثلاث بلفظ واحد اعتمادا منهم على أنهم لايعاملون بما يقولون ، فإذا انتهى مايملكونه من الطلاق لجئوا إلى زواج التحليل المذموم أو إلى التماس الفتوى بفساد العقد من بعض من ينتسبون إلى العلم على نحو ما كانوا يفعلون قبل صدور هذا القانون .

ولهذا كان من الواجب الرجوع إلى ما كان عليه العمل قبل صدور هذا القانون وهو الحكم بوقوع الطلاق المقترن بعدد الثلاث ثلاثاً كما أوقعه المطلق ثم إصدار تشريع يقضى بعقاب من يطلق زوجته ثلاثاً بعبارة واحدة أو بعبارات متفرقة فى مجلس واحد عقابا بدنياً أو مالياً على سبيل التعزير لمخالفته ماشرعه الله فى إيقاع الطلاق ، وبذلك نضمن منع الناس من الإقدام بكثرة على إيقاع الطلاق بلفظ الثلاث ، ونكون فى الوقت نفسه قد عملنا بما دلت عليه السنة

الصحيحة وسار عليه جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين ، وهذا ما كان يفعله الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فإنه كان إذا أتى إليه برجل طلق زوجته ثلاثاً بكلمة واحدة أوجعه ضرباً ، وقضى بوقوع الثلاث ، روى البيهقى فى سننه (١) وابن حزم فى المحلى (٢) أنه رفع إلى عمر بن الخطاب رجل طلق امرأته ألفا فقال له عمر : أطلقت ؟ فقال : إنما كنت ألعب فعلاه بالدرة (٣) وقال : إنما يكفيك من ذلك ثلاث .

هذا. ولا يفوتنا فى هذا المقام أن ننبه إلى أن هذه المادة لم تنص صراحة إلا على الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظا أو إشارة ، أما الطلاق الذى تكرر صيغته ثلاث مرات فى مجلس واحد فإنها لم تنص على حكمه ، وحيث إن هذه المادة قد وردت على سبيل الاستثناء مما كان يجرى عليه العمل قبل صدور القانون المشتمل على هذه المادة فإنه يقتصر فى تطبيقها على ما نصت عليه صراحة ، وهو الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظا أو إشارة ، ولا يصح التوسع فى مدلولها بجعل الحكم الذى تضمنته شاملا للطلاق الذى تكرر صيغته ثلاث مرات فى مجلس واحد بطريق القياس ، لأن ماورد على سبيل الاستثناء لا يصح القياس عليه ، وعلى هذا لو حكم القاضى بأن الطلاق المكرر ثلاث مرات فى مجلس واحد يقع ثلاثاً استناداً إلى الراجح من مذهب أبى حنيفة الذى كان عليه العمل قبل صدور هذا القانون لكان صحيحاً .

ومن أجل هذا عدلت لجنة الأحوال الشخصية فى صياغة هذه المادة لتشمل الطلاق بلفظ الثلاث والطلاق المتتابع أو الذى تكرر صيغته ثلاث مرات فى مجلس واحد ، وصاغتها على الوجه الآتى :

---

(١) ج ٧ ص ٣٣٤ (٢) ج ١٠ ص ١٧٢

(٣) الدرة بتشديد الدال مع الكسر ما يضرب به كالسوط ونحوه .

« الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لايقع إلا واحدة ، وكذلك المتتابع أو المتعدد فى مجلس واحد » وهذا من اللجنة اختيار منها لبقاء العمل بالرأى الذى اختاره ابن تيمية وابن القيم ، وكنا نود أن يوفقها الله إلى الأخذ بمذهب الأئمة الأربعة وجمهور فقهاء المسلمين ، لأنه المذهب الذى تشهد له السنة والذى عليه إجماع الصحابة والتابعين ، كما بينا ، خصوصا بعد أن تبين أن اعتبار الطلاق بلفظ الثلاث واحدة لم يأت بالنتيجة المقصودة من العمل بهذا الرأى الشاذ ، ولا زلنا نأمل أن تراجع اللجنة نفسها ، فمراجعة الحق خير . . .

الفصل الثالث

الطلاق الذى يملكه الزوج

وضع الإسلام للطلاق حدا بعد أن كان فى الجاهلية غير مقيد بعدد ، روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت : « كان الرجل يطلق امرأته ماشاء أن يطلق وهى امرأته إذا راجعها وهى فى العدة وإن طلقها مائة أو أكثر حتى قال رجل لامرأته : والله لا أطلقك فتبينين منى ولا آويك أبداً قالت : وكيف ذلك ؟ قال : أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضى راجعتك ،فذهبت المرأةفدخلتعلى عائشة رضى الله عنها فأخبرتها بذلك فسكتت حتى جاء النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فلم يقل شيئاً حتى نزل قول الله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » (١) .

(١) آية ٢٢٩ ، ٢٣٠ من سورة البقرة

فقد دل هذا الحديث على أن الطلاق لم يكن له عدد محدود تحرم به الزوجة على الرجل ، وأن المطلق كان يملك الرجعة فى العدة ولو طلق مائة مرة أو أكثر وأن بعض الأزواج كان يقصد الإضرار بزوجته على الطريقة المروية فى الحديث حيث تبقى الزوجة معلقة لم يبت فى أمرها فلا هى زوجة تتمتع بحقوق الزوجية ولا هى خالية من الزواج حتى تملك التزوج برجل آخر فنزلت الآية لبيان عدد الطلقات التى يملكها الرجل فحددته بثلاث طلقات ، وجعلت للزوج الحق فى مراجعة زوجته بعد الطلقة الأولى والثانية ، وذلك بقول الله سبحانه « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » أما إذا طلقها الثالثة فإنها تحرم عليه ولا يحل له أن يتزوجها مرة أخرى إلا بعد أن تتزوج بغيره ويدخل بها دخولا حقيقياً ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها فحينئذ يجوز له أن يتزوجها . كما دل على ذلك قوله جل شأنه « فإن طلقها » يعنى الثالثة ، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله » وبذلك حمى الإسلام المرأة من الأضرار التى كانت تحيق بها قبل هذا التشريع ، وفى الوقت نفسه راعى مصلحة الأزواج حيث جعل للزوج حق الطلاق ثلاث مرات ولم يجعل الطلقة الواحدة مزيلة لرابطة الزواج بالكلية كما جعل ذلك فى غيره من العقود كالبيع والهبة حيث يزول الملك فيها بفعل واحد من غير حاجة إلى تكرار ، وفى هذا رفع للحرج والضيق عن الناس وحرص من الشارع الحكيم على إبقاء العشرة بين الزوجين ، لأن الرجل قد يطلق فى حالة الغضب التى لا تستوجب الطلاق ثم يندم على تسرعه ويريد تدارك ما فرط ، وقد يطلق لسبب ثم يزول ذلك السبب كالرجل يطلق زوجته

لبغضه إياها ونفوره منها ثم يبدل الله هـذا البغض حباً وتتوق نفسه إليهـا ويود أن يعيدها إليه ، وقد يطلق الزوج زوجته لسوء عشرتها فتذوق من مرارة الطلاق ووحشة الفراق ما يقوم أخلاقها ويصلح شأنها وتود لو عادت إلى زوجها لتستأنف معه حياة سعيـدة هانئة ، وقد يكون له منها أولاد يحتاجون إلى رعايتها فإذا وجد السبيل إلى ردها ممـكناً اندفعت حاجته وزال عنه العنت والضيق وشعر بفضل الله ونعمته عليه .

وإنما جعل الشارع للزوج حق المراجعة مرتين فقط لأن فيهما الـكفاية لتدارك ما فرط، فإذا طلقها الثالثة كان ذلك دليلا على استحكام الخلاف وفساد العلاقة إلى حد يتطلب العلاج بما هو أنجع وأقوم وذلك بتحريمها عليه بحيث لا تحل له إلا بعد أن تنقضى عدتها منه وتتزوج برجل آخر ويدخل بها دخولا حقيقياً ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها ، ولا شك أن فى هذا دافعاً قوياً يجعله يمسك عن إيقاع الطلقة الثالثة ، ويحرص على إبقاء الزوجية .

الفصل الرابع

من يقع طلاقه من الأزواج . من يقع عليها الطلاق . ما يقع به الطلاق .

من يقع طلاقه من الأزواج :

الطلاق ـ كما قدمنـا ـ حق من حقوق الزوج لا تملـكه الزوجة إلا بتوكيل منه أو تفويض ، ولا يملـكه القاضى إلا فى أحوال خاصة سيأتى بيانها فى موضعها إلا أن الطلاق لمـا كان من الأمور الخطيرة اشترط الشارع الحـكيم فيمن يوقعه

شروطاً إذا توافرت كان الطلاق معتبراً ومعتداً به شرعاً وإذا فقدت أو فقد شرط منها لم يكن الطلاق معتداً به شرعاً ، وهذه الشروط على حسب ما فهمه فقهاء الشريعة هى :

١ — البلوغ : فلو كان الزوج صبياً لم يصل إلى درجة البلوغ وصدر منه الطلاق لم يعتد به شرعاً ولو كان مميزاً ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « كل شىء جائز إلا طلاق الصبى والمجنون » ولأن الطلاق من التصرفات التى تحتاج إلى الإدراك الكامل والعقل الوافر ، وهذا لا يتحقق فى الصبى العاقل ، لقرب عهده باللهو واللعب ، وأيضاً فإن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق المطلق فلا يملكه الصبى ولو كان مميزاً .

٢ — العقل : فلا يقع طلاق المجنون ، للحديث المتقدم ، ولأن العقل أداة التفكير ومناط التكليف وهو غير متحقق فى المجنون ، وكذلك لا يقع طلاق المعتوه[١] لعدم الإدراك الذى يعتمد عليه فى التصرفات .

ويلحق بالمجنون النائم والمغمى عليه والمدهوش[٢] ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو لمصيبة فاجأته أو غضب شديد ، فهؤلاء لا يعتد بطلاقهم . وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا طلاق فى إغلاق » والمراد بالإغلاق أن يقفل على الشخص باب الإدراك والقصد وأن يسد عليه طريق الوعى فكل حالة

---

(١) المعتوه هو الشخص الذى يكون مختلط الكلام فاسد التدبير لكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون .

(٢) المدهوش هو الذى اعترته حالة انفعال لا يدرى فيها ما يقول ويفعل أو يصل به الانفعال إلى درجة يغلب معها الخلل والاضطراب فى أقواله وأفعاله، وذلك لشدة الخوف أو الحزن أو الغضب .

يـكون فيها المطلق لا يدرى ما يقول ويفعل ولا يقصـده أو يغلب عليه الخلل والاضطراب فى أقواله وأفعـاله لغضب أو شدة حزن لا يقع طلاقه ،

ومن هذا البيان يعلم حكم طلاق الغضبان ، وهو أن الغضب لو وصل به إلى درجة لايدرى فيها ما يقول ويفعل ولا يقصده لا يقع طلاقه ، وكذلك لو وصل به إلى درجة يغلب عليه فيها الخلل والاضطراب فى أقواله وأفعاله ، أما إذا كان الغضب أخف من ذلك بحيث لا يوجب خللا فى أقواله وأفعاله فإن الطلاق يقع منه بدون شبهة (١)

طلاق السكران :

أما السكران وهو الذى تناول الخمر وما شاكلها حتى صار يهذى ويخلط فى كلامه ولا يعى بعد إفاقته ما كان منه حال سـكره ، فإن طلاقه لا يقع باتفاق الفقهاء إذا كان سكره من طريق غير محرم كأن شرب المسكر للضرورة أو تحت ضغط الإكراه ، لأن السكران لا إدراك عنـده ولا وعى فهو كالنائم بل أشد حالا منه إذ النائم يتنبه بالتنبيه أما السكران فلا يتنبه إلا بعد الإفاقة من السكر ، فإذا لم يعتبر الطلاق الصـادر من النائم فلا يعتبر الطلاق الصـادر من السكران بالطريق الأولى .

أما إذا كان السكر بطريق محرم بأن شرب الخمر أو تناول المخدر باختياره من غير حاجة أو ضرورة حتى سـكر فإن الفقهاء اختلفوا فى وقوع طلاقه على قولين :

الأول : أن الطلاق يقع ، وهو قول جمهور الحنفية ومالك(٢) والشافعى

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٨

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٦٥

ورواية عن أحمد[١] وكثير من التابعين ، لأنه لما تناول المحرم باختياره قد تسبب في زوال عقله فيجعل كأنه موجود عقوبة وزجراً له عن ارتكاب المعصية .

الثاني : أن الطلاق لا يقع ، وهو قول زفر من الحنفية واختاره الطحاوى والكرخى ، وهو أيضاً قول أحمد فى رواية أخرى عنه ، وهو منقول عن عثمان وعمر بن عبد العزيز [٢] رضى الله عنهما ، وحجتهم فى ذلك : أن صحة التصرف تعتمد على القصد والإرادة الصحيحة ، والسكران قد غلب السكر على عقله فلا يكون عنده قصد ولا إرادة صحيحة فلا يعتد بالعبارة الصادرة منه ، بل تكون ملغاة لا قيمة لها ، وأيضاً فالطلاق إنما شرع للحاجة إليه والسكران ليس عنده من الوعى ما يقدر به الحاجة الداعية إلى الطلاق .

وهذا القول فى نظرى هو الراجح للمعنى الذى ذكرناه ، ولأنه لا وجه لإلزام السكران بوقوع الطلاق عقوبة له على سكره ، لأن الشارع حدد للسكر عقوبة وهى الجلد فلا معنى لإضافة عقوبة أخرى عليها .

وقد كان العمل فى المحاكم على وقوع طلاق السكران إذا كان سكره بمحرم طبقاً للراجح من مذهب الحنفية إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص فى المادة الأولى منه على أنه « لا يقع طلاق السكران » بناء على قول راجح للامام أحمد وقول فى المذاهب الثلاثة ورأى كثير من التابعين .

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤١٤

(٢) المغنى مع الشرح الكبير جـ ٨ ص ٢٥٥

(٣) المصدر المتقدم ص ٢٥٦ ونقل ابن القيم فى زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٠ ، « أن عمر بن عبد العزيز أتى بسكران طلق امرأته فاستحلفه بالله الذى لا إله إلا هو لقد طلقها وهو لا يعقل ، فحلف فرد إليه امرأته وضربه الحد » .

٣ — عدم الإكراه فإذا أكره شخص الزوج على إيقاع الطلاق بالقتل أو إتلاف عضو أو مال أو غير ذلك مما لا تحتمله نفسه ولم يكن قادراً على دفع هـذا الأذى عن نفسه بأية وسيلة من الوسائل المشروعة فطلق لم يقع طلاقه ، وهذا عند الجمهور من الفقهـاء ، لأن المكره على الطلاق وإن أتى باللفظ المقتضى للطلاق إلا أنه غير قاصد للطلاق ، وإنما قصـد دفع الأذى عن نفسه ، وهذا من شأنه أن يفسد الاختيار أو يضعفه على الأقل فلا يكون اختياره كاملا فينتفى الحكم لانتفاء القصـد والاختيار ، ويشهد لهذا قول النبى صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، وما روى أن رجلا على عهد عمر ابن الخطاب تدلى بحبل ليشتار(١) عسلا فأتت امرأته فجلست على الحبل وقالت: لتطلقنى أو لأقطعن الحبل فذكرها الله والإسلام فأبت فطلقها ثلاثاً ، فأتى عمر فذكر له ذلك ، فقال : ارجع إلى امرتك ، فإن هذا ليس بطلاق(٢) .

وقال الحنفية : إن عدم الإكراه ليس بشرط لوقوع الطلاق ، فإذا أكره الزوج على طلاق زوجتـه فطلق وقع الطلاق ، ووجهتهم فى ذلك : أن المكره يتلفظ بالطلاق وهو قاصـد مختار ولكنه غير راض بالأثر الذى يترتب عليه فيقع طلاقه اعتباراً بالهازل ، فإن طلاقه يقع بنص الحديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق» مع أن الهازل لم يقصد إلى الطلاق وإنما قصـد اللهو واللعب ، والمكره مثله فى ذلك فإنه قصد النطق بالطلاق وإن لم يرد وقوعه فيقع طلاقه كما يقع طلاق الهازل . ورأى الجمهور هو الراجح لقوة الأدلة التى يستندون

---

(١) اشتيار العسل استخراجه واجتناؤه يقال : اشتار العسل وأشاره وشاره أى استخرجه وجناه .

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٠٠ ، زاد المعاد جـ ٤ ص ٣٩

إليها وضعف أدلة المخالفين لهم ، وبرأيهم أخـــذ القانون رقم ٢٥ الصادر فى سنة ١٩٢٩ فاعتبر طلاق المكره لغوا فى المادة الأولى منه ونصها « لا يقع طلاق المكره والسكران » بعد أن كان يجرى قبل ذلك على اعتبار طلاق المكره بناء على الراجح من مذهب الحنفية .

طلاق السفيه :

هذا : ولا يشترط فى وقوع الطلاق الرشد ولا الجد ، فلو كان الزوج سفيهـا «وهو الذى يتصرف فى ماله على خلاف مقتضى العقل السليم » وطلق زوجته وقع طلاقه من غير توقف على إذن القيم أو رضاه ، لأن السفيـه يملك الزواج فيملك إنهاءه بالطلاق ، ولأن موضع الحجر التصرفات المالية والزواج وآثاره وما يترتب عليه ليس من التصرفات المالية فلا يكون موضع الحجر فصح أن يقع منه الطلاق . هذا ما قرره الحنفية ووافقهم عليه جمهور الفقهاء وكان ينبغى أن يقال : إن طلاق السفيه لا يقع إلا بإذن القيم ورضاه ، لأنه من التصرفات التى تترتب عليهـا آثار مالية فلا ينفذ إلا إذا أجازه القيم ، وهو رأى الشيعة الإمامية كما فى كتاب جوامع الكلام شرح شرائع الإسلام .[1] .

طلاق الهازل :

وكذلك لو كان الزوج هازلا[2] فى إيقاع الطلاق وليس جاداً فيه فإن طلاقه

---

(١) جـ ٤ ص ٣١٤

(٢) الهازل هو الذى يتكلم بالكلام من غير قصد لموجبه وحقيقته ، بل يتكلم به على وجه اللهو واللعب .

يقع عند الجمهور من الفقهاء[١] وهو المحفوظ عن الصحابة والتابعين. وحجتهم في ذلك ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق» وقال على كرم الله وجهه «ثلاثة لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح» ولأن الهازل أتى بالسبب، وهو الطلاق غير ملتزم لحكمه، وترتيب الأحكام على أسبابها إنما هو للشارع لا للعاقد، فإذا أتى المرء بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى.

والسر في اعتبار طلاق الهازل يرجع إلى أمرين: (الأول) إرادة الزجر عن اللعب بأحكام الشريعة (والثاني) سد الباب في وجه من يحاول الرجوع عن الطلاق والفرار من تحمل تبعاته بدعوى أنه كان هازلا وليس جاداً، وهذا ما كان يفعله بعض الناس في الجاهلية، كان أحدهم يطلق زوجته ثم يرجع إليها، ويقول: كنت لاعباً، ويعتق، عبده، ثم يرجع ويقول: كنت لاعباً، وفي هذا نزل قول الله تعالى «ولا تتخذوا آيات الله هزواً» أي لا تجعلوا أحكام الله موضعاً للهزء واللعب فإنها جد كلها فمن هزأ بها لزمته، ولهذا كان من المقرر الحكم بكفر من نطق بكلمة الكفر هازلا أخذا من قول الله تعالى «ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون. لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم»[٢].

---

(١) وهو الرواية المشهورة عن الإمام مالك، وفي رواية عنه لا يقع طلاق الهازل «الشرح الكبير جـ ٢ صـ ٣٦٦».

(٢) آيتا: ٦٥، ٦٦ من سورة التوبة.

طلاق المخطىء :

أما المخطىء وهو الذى يريد أن يتكلم بغير الطلاق فيجرى على لسانه الطلاق من غير قصد أصلا كأن يريد أن يقول لها : أنت طالبة أو طاهرة فقال خطأ أنت طالقة فإن طلاقه لا يقع ديانة أى فيما بينه وبين الله تعالى ولكنه يقع قضاء ، ومعنى وقوعه فى القضاء دون الديانة أنه إذا لم يعلم بالطلاق إلا الزوج كان له أن يعاشر زوجته من غير حرج ولا إثم وإذا سأل فقيهاً عن ذلك جاز له أن يفتيه بعدم وقوع الطلاق إذا علم صدقه فيما يقول . فإذا تنازع الزوجان ورفع الأمر إلى القاضى حكم بوقوع الطلاق لأن القاضى يبنى أحكامه على الظاهر والله يتولى السرائر ، ولو قبل القاضى مثل هذه الدعوى من المطلق لا نفتح الباب أمام المحتالين الذين يقصدون التلفظ بالطلاق ثم يدعون أنه كان سبق لسان .

والسبب فى التفرقة بين المخطىء والهازل حيث كان الحكم فى طلاق الأول هو وقوع الطلاق فى القضاء لا الديانة ، وفى طلاق الثانى هو وقوع الطلاق فى القضاء والديانة جميعاً أن المخطىء لم يرتكب ما يستحق معه العقوبة والزجر حتى يحكم بوقوع طلاقه فى القضاء والديانة جميعاً بخلاف الهازل فإنه بهزله استحق العقوبة والزجر عن مظاهر اللعب بأحكام الشريعة لذلك حكم بوقوع طلاقه فى القضاء والديانة جميعاً .

وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية عدم وقوع طلاق المخطىء فى القضاء أيضاً ، لأنه لم يقصد إلى اللفظ الذى يقع به الطلاق فنصت فى المادة (١٠٨) من مشروع القانون على أنه « يشترط لوقوع الطلاق من الزوج أن يكون عاقلا ، مختارا ، قاصدا إلى اللفظ الذى يقع به الطلاق ، واعيا ما يقول ، فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره والمخطىء والسكران والمدهوش والغضبان إذا

أخرجه الغضب عن عادته وصار كالمكره بغضبه على الطلاق وإن كان لا خلل في أقواله ، والقول في ذلك للزوج » .

من يقع عليها الطلاق :

الطلاق — كما تقدم في تعريفه — حل رابطة الزوجية ، وبناء على ذلك يقع الطلاق على المرأة إذا كان الزواج قائماً بينها وبين زوجها ولو قبل الدخول ، لأن الزوجة حال قيام الزوجية تكون الرابطة بينها وبين زوجها قائمة فتكون محلا للطلاق ، وكذلك لو كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي ، لأن الطلاق الرجعي لا تزول به رابطة الزوجية إلا بعد انتهاء العدة ، ومثلها المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، لأن الزواج بعده يعتبر باقيا حكما طوال مدة العدة بدليل وجوب النفقة لها في أثناء العدة ، واستقرارها في منزل الزوجية وعدم حل زواجها برجل آخر ما دامت في العدة[١] . أما إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فلا يقع عليها الطلاق ، لأن الزوج لا يملك أكثر من ثلاث طلقات فإذا طلقها ثلاثاً زال الحل بينهما فلا يكون هناك فائدة من الطلاق ، ومثل المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى المعتدة من فرقة اعتبرت فسخا بحكم الشرع كالفرقة بسبب عدم الكفاءة أو لنقصان المهر أو لخيار الإفاقة فإذا فسخ الزواج بشيء من ذلك ثم طلقها الزوج في أثناء العدة لم يقع الطلاق ، لأن الفسخ نقض للعقد ، والعقد إذا انتقض يجعل كأنه لم يكن ، والطلاق أثر من آثار الزواج فلا بد من وجوده ولو حكما ،

---

(١) وقد رأت لجنة الأحوال الشخصية عدم وقوع الطلاق في حال العدة من الطلاق البائن ، وهو مذهب الشافعية ، فنصت في المادة (١٠٩) من المشروع على ما يأتي .

« يشترط لوقوع الطلاق على الزوجة أن تكون في زواج صحيح ، وغير معتدة » أي من طلاق بائن ، لأن المعتدة من الطلاق الرجعي تعتبر زوجة . فيقع الطلاق عليها في أثناء العدة

لـكن يستثنى من ذلك المعتدة من فسخ بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام فإنها لو طلقت حال العدة وقع عليها الطلاق على القول الراجح فى مذهب الحنفية (١) .

هذا ولما كانت المطلقة قبل الدخول والخلوة لا تجب عليها العدة فإنها إذا طلقت يقع الطلاق بائنا وتصير أجنبية من مطلقها بمجرد الطلاق فلا تكون محلا للطلاق بعد ذلك ،لانقطاع علاقة الزوجية بمجرد صدور لفظ الطلاق ، ولهذا لو قال الرجل لزوجته التى لم يدخل ولم يختل بها : أنت طالق أنت طالق لا تقع إلا طلقة واحدة ، لأنها بالطلاق الأول بانت من زوجها وصارت أجنبية ، فالطلاق الثانى يرد ولا يجد له محلا ، فلا يقع وكذلك الطلاق الثالث .

ما يقع به الطلاق :

يقع الطلاق بكل لفظ يدل على حل رابطة الزوجية سواء أكان باللغة العربية أم بغيرها وبما يقوم مقام اللفظ فى ذلك من كتابة أو إشارة .

واللفظ الذى يقع به الطلاق نوعان : صريح وكنـاية ، فالصريح هو اللفظ الذى ظهر المراد منه وغلب استعماله عرفا فى الطلاق كالألفاظ المشتملة على مادة « ط . ل . ق » كطلقتك أو أنت طـالق أو مطلقة ، ويدخل فى الصريح قول الرجل لزوجته : حرمتك أو أنت على حرام أو محرمة ، لأنه غلب استعمالها عرفا فى الطلاق .

وحكم الصريح : أن الطلاق يقع به بدون توقف على نية أو دلالة حال . فمتى صدر اللفظ من الزوج قصداً ولم تصرفه قرينة عن معنـاه وقع الطلاق من غير حاجة إلى نية الطلاق أو دلالة الحال ، فإذا قال الرجل لزوجته : أنت طـالق ثم قال إنه لا يريد الطلاق وقع الطلاق ، ولا يلتفت إلى قوله .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٣٩ ، ٤٨٦ .

ولو ادعى أنه أراد الطلاق من وثاق ولم توجد قرينة تؤيد ما ادعاه صدق في الديانة لا في القضاء .

ولو أكره الزوج على الطلاق فنطق به ثم ادعى أنه أراد الطلاق من وثاق فإنه يصدق في ذلك ديانة وقضاء ، لقيام القرينة الصارفة عن إرادة الطلاق .

والكناية هي كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ، ولم يتعارف في الاستعمال قصره على الطلاق كقول الرجل لزوجته : الحقي بأهلك أو اذهبي أو اخرجي أو أنت بائن أو أمرك بيدك ... إلى غير ذلك من الألفاظ التي لم توضع للطلاق وإنما يفهم الطلاق منها بالقرينة أو دلالة الحال .

وحكمها أن الطلاق لا يقع بها إلا بالنية أو دلالة الحال على أن الطلاق هو المراد ، فإن دل الحال على إرادة الطلاق وقع الطلاق ، وإلا كانت العبرة بالنية فإن نوى الزوج الطلاق وقع وإن لم ينو لا يقع .

وهذا رأى الحنفية والحنابلة ، وذهب المالكية والشافعية إلى أن الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية . ولا عبرة بدلالة الحال عندهم .

وقد كان العمل في المحاكم يجرى على مذهب الحنفية إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فعدل عن مذهب الحنفية إلى مذهب المالكية والشافعية فنص في المادة الرابعة منه على أن « كنايات الطلاق — وهي ما تحتمل الطلاق وغيره — لا يقع بها الطلاق إلا بالنية » .

وعلى هذا لو قال الرجل لزوجته : الحقي بأهلك أو أمرك بيدك أو نحو ذلك من ألفاظ الكنايات ، ثم ادعى أنه لم ينو الطلاق لا يقع مهما كانت الحال، ولو رفعت الزوجة الأمر إلى القاضي وطلبت الحكم بالطلاق كان القول للزوج مع يمينه لأن هذه الإرادة التي اشترطها القانون لا تعرف إلا من جانبه . فإن حلف أنه ما أراد باللفظ الطلاق رفضت دعوى الزوجة ، وإن امتنع عن اليمين حكم عليه بالطلاق .

أما الكتابة فإنها تقوم مقام اللفظ فى وقوع الطلاق متى كانت مستبينة ولو مع القدرة على النطق باللفظ والعبارة (١) ، والمراد بالكتابة المستبينة الكتابة الظاهرة التى يبقى أثرها كالكتابة على الورق ونحوه ، أما الكتابة غير المستبينة التى لا يبقى أثرها كالكتابة فى الهواء أو على الماء فلا تقوم مقام اللفظ فى ذلك ولا يقع بها الطلاق .

والكتابة المستبينة نوعان : كتابة مرسومة وهى التى تكتب باسم الزوجة وتوجه إليها كما توجه الرسائل ، كأن تكتب إلى زوجته فيقول : زوجتى فلانة قد علمت أنك فعلت كذا وكذا وأنا لا أرضى بمعاشرة امرأة تفعل ذلك فإن وصلك كتابى هذا فأنت طالق .

وحكمها حكم اللفظ الصريح مادام اللفظ الذى كتب فيها يدل على الطلاق صراحة ، فيقع الطلاق من غير حاجة إلى النية .

النوع الثانى : الكتابة غير المرسومة وهى التى لاتكتب برسم الزوجة « أى عنوانها » ولاتوجه إليها كما توجه الرسائل ، كأن يكتب فى ورقة مثلا « زوجتى فلانة طالق » .

وحكمها حكم الكناية ولو كان المكتوب صريحاً فى الطلاق فلا يقع الطلاق إلا إذا قال: نويت بذلك الطلاق ، لأنه يحتمل أنه أراد بها إنشاء الطلاق

---

(١) وقد رأت لجنة الأحوال الشخصية أن الطلاق لايقع بالكتابة إلا عند العجز عن الإتيان باللفظ والعبارة فنصت فى الفقرة الثانية من المادة (١٦) من المشروع على ما يأتى .

« ويقع الطلاق من العاجز عن الكلام بالكتابة التى يقصد بها إيقاعه »

ويحتمل أنه أراد بها شيئاً آخر غير الطلاق كتجربة القلم أو التمرين على الكتابة فلا يقع الطلاق بها إلا بالنية .

وأما الإشارة فإنها لاتقوم مقام للفظ والعبارة إلا فى حال العجز عن النطق بالعبارة كالأخرس ومن فى حكمه ، فإذا كان للأخرس إشارة مفهومة يعرف المتصلون به أن المراد بها الطلاق وقع بها الطلاق دفعاً للحاجة ، وإذا كان الأخرس يحسن الكتابة فهل يقع طلاقه بالإشارة ؟ فى ذلك روايتان كما تقدم فى الزواج .

الفصل الخامس

فى

أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق انقسامات عدة باعتبارات مختلفة فينقسم باعتبار إمكان الرجعة بعده من غير عقد جديد وعدم إمكانها إلى رجعى وبائن . وينقسم باعتبار اشتمال الصيغة على التعليق على أمر مستقبل أو الإضافة إلى زمن مستقبل وعدم اشتمالها على ذلك إلى منجز ومضاف ومعلق .

أقسام الطلاق بالنظر إلى إمكان الرجعة وعدم إمكانها

ينقسم الطلاق بهذا الاعتبار إلى طلاق رجعى وطلاق بائن . أما الطلاق الرجعى فهو الذى يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد مادامت فى العدة ، رضيت أو لم ترض .

وأما البائن فنوعان : بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى ، فالبائن بينونة صغرى هو الذى لايستطيع الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية إلا بعد عقد

جديد ، والبائن بينونة كبرى هو الذى لا يستطيع الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج برجل آخر زواجا صحيحاً ، ويدخل بها دخولا حقيقياً ، ثم يفارقها أو يموت عنها ، وتنقضى عدتها منه .

متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا ؟

سنذكر أولا ما استقر عليه العمل بعد صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ثم نشير إشارة خاطفة إلى ما كان عليه العمل قبل صدور هذا القانون فنقول :

إن كل طلاق يوقعه الزوج على زوجته يكون رجعيا إلا إذا كان قبل الدخول أو فى مقابلة مال أو مكملا للثلاث ، سواء أكان بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة أو بكناية من كناياته إذا نوى بها الطلاق وكذلك الطلاق الذى يوقعه القاضى إذا كان بسبب عدم الإنفاق على الزوجة ،، ولذلك لقرب احتمال القدرة على الإنفاق وارتفاع الضرر عن الزوجة بعودة الزوج إلى الإنفاق عليها فالمعسر قد يرزقه الله من قريب والمتعنت قد يرجع عن عناده حينما يسمع الحكم من القاضى بالتفريق ، فلو أيسر الزوج وأظهر استعداده للإنفاق على زوجته كان له أن يراجع زوجته مادامت فى العدة .

ويكون الطلاق بائناً بينونة صغرى فى الحالات الآتية :

الحالة الأولى : الطلاق قبل الدخول الحقيقى ، وإنما كان الطلاق قبل الدخول بائناً لأنه لا تجب به العدة ، لقول الله تعالى « يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » وإذا كانت المطلقة قبل الدخول لا تلزمها العدة فلا يمكن مراجعتها لأن الرجعة لا تكون إلا فى العدة ، وعلى هذا لا يكون الطلاق قبل الدخول رجعياً .

وكذلك الطلاق بعد الخلوة الصحيحة إذا لم يحصل دخول حقيقى بالزوجة

فإنه طلاق بائن ، وإن كانت المرأة تجب عليها العدة ، من هذا الطلاق ، لأن العدة إنما وجبت للاحتياط لا للمراجعة ، وهـذا من الأحـكام التى تخالف فيها الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقى كما تقدم .

الحالة الثانية : الطلاق على مال ، فإذا طلق الرجل زوجتـه فى نظير مال أخذه عوضاً عن الطلاق كان طلاقاً بائناً ، لأن المقصود من العوض أن تملك الزوجة أمرها وتمنع الزوج من مراجعتها بدون رضاها ، ولا يتحقق لها ذلك إلا بالطلاق البائن .

الحالة الثالثة : الطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على طلب الزوجة إذا كان بسبب عيب فى الزوج أو للشقاق بين الزوجين أو لتضرر الزوجة من غيبة الزوج أو حبسه ، لأن التجاء الزوجة إلى القضاء لا يـكون إلا لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها ، ولا يتحقق هـذا إلا بالطلاق البائن الذى لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إلى الزوجية إلا برضاها .

ويـكون الطلاق بائناً بينونة كبرى إذا كان مـكملا للثلاث ، فإذا طلق الرجل زوجته طلقة وراجعها ثم طلقها مرة أخرى وراجعها ثم طلقها الثالثة كان الطلاق بائناً بينونة كبرى ، لأن الله تعالى رتب على الطلاق فى المرة الثالثة نفى الحل حتى تتزوج المطلقة رجلا آخر ، فى قوله جل شأنه « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنـكح زوجا غيره » فدل هذا على أن الطلاق الثالث تبين به المطلقة وتحرم به على مطلقها حرمة مؤقتة .

ومثل الطلاق المـكمل للثلاث الطلاق المـكرر ثلاث مرات فى مجلس

واحد ، كما إذا قال الرجل لزوجته التى دخل بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، فإن المرأة تبين به بينونة كبرى على ما بيناه سابقاً .

وفى هذا تقول المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما نصه « كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائناً فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ » والذى نص على كونه بائناً فى هذا القانون هو التطليق بسبب الشقاق بين الزوجين ، والتطليق بسبب حبس الزوج ، والذى نص على كونه بائناً فى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ هو التفريق بسبب العيب .

وقد نصت المذكرة الإيضاحية على أن المادة أخذت من مذهب الشافعى ومالك ، فإن الأصل فى الطلاق عندهم أن يكون رجعياً إلا ما استثنى لأن الشارع أعطى المطلق حق مراجعة زوجته بعد الطلاق بقوله جل شأنه « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا » (١) فإن هذه الآية صريحة فى أن الزوج أحق برد زوجته فى كل طلاق إن أراد ، ولا يخرج عن هذا العموم إلا ما استثنى بنص آخر ولم يستثن إلا الطلاق قبل الدخول والطلاق على مال ، والطلاق المكمل للثلاث .

وأشارت المذكرة إلى أن التفريق بسبب اللعان أو العنة وما فى حكمها أو بسبب إباء الزوج عن الدخول فى الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة .

---

(١) آية ٢٢٨ من سورة البقرة

ولم تشر المذكرة إلى الطلاق بسبب الإيلاء ، فهل يعتبر طلاقا بائناً كما هو مذهب الحنفية أو رجعياً كما هو مذهب الشافعى ومالك الذى أخذ به القانون؟ الظاهر أنه يعتبر رجعياً ، لأن القانون اعتبر كل طلاق رجعياً ماعدا الأربعة المستثناة « الطلاق المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائناً فى القانون ١٩٢٩ ، وقانون ١٩٢٠ » وهذا ليس واحداً منها ، ولأن المذكرة الإيضاحية ذكرت الحالات التى يبقى العمل فيها على مقتضى مذهب أبى حنيفة ، ولم يعد من بينها الإيلاء فكان من مقتضى هذا أن يعد رجعياً (١) .

أما مذهب الحنفية الذى كان العمل عليه قبل هذا القانون فإن كل طلاق من الزوج يقع رجعياً إلا فى سبع حالات : الطلاق قبل الدخول ولو بعد الخلوة الصحيحة ، والطلاق على مال ، والطلاق المكمل للثلاث ، وهذا تثبت به البينونة الكبرى ، ومثله فى ذلك الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظاً أو إشارة على ما بيناه فيما تقدم ، والطلاق الموصوف بوصف يدل على البينونة ، مثل أنت طالق طلقة شديدة ، أو أنت طالق طلقة بائنة ، أو أنت طالق طلقة تملكين بها نفسك ، والطلاق المقترن بأفعل تفضيل يدل على البينونة مثل أنت طالق أشد الطلاق

---

(١) وقد نصت لجنة الأحوال الشخصية فى الفقرة الأولى والثالثة من المادة (١٢٢) من مشروع القانون الذى وضعته على أن الفرقة بسبب الإيلاء تعتبر طلقة رجعية ، يوقعها القاضى بناء على طلب الزوجة ، وهو اختيار منها لمذهب غير الحنفية الذين يقولون بأن الطلاق لا يقع بمجرد انتهاء مدة الإيلاء بدون رجوع إلى المعاشرة الزوجية ، بل بتطليق الزوج أو القاضى إذا امتنع الزوج وطلبت المرأة ذلك على ما سيأتى فى الإيلاء .

أو أكبره ، والطلاق المشبه بما يدل على البينونة مثل أنت طالق أشد الطلاق ، أو أكبره والطلاق المشبه بما يدل على البينونة مثل أنت طالق طلقة كالجبل والطلاق بلفظ من ألفاظ الكنايات إذا اقترنت به النية أو دلالة الحال كان يقول لها : أنت بائن أو خلية . وحجتهم فى وقوع الطلاق بائناً فى الحالات الثلاث الأولى هو ماقدمناه ، وحجتهم فى وقوعه بائناً فى الحالات الأربع الباقية أن المطلق استعمل فى إيقاع الطلاق عبارة لاتدل على الرجعى ، لأن اللفظ الذى عبر به أو الوصف الذى وصف به الطلاق ينافى الرجعى ، وللمطلق الحق فى أن يعطى طلاقه وصف البينونة ، لأن الشارع أعطاه حق الطلاق مطلقاً ولم يوجد مايقيده فإذا وصفه بما يفيد البينونة أو استعمل صيغة لاتحتمل الرجعى كان بائناً ، ولأنه يملك البينونة الكبرى بأن يطلقا ثلاثاً فى عبارة واحدة فأولى أن يملك وصف الطلاق بالبينونة الصغرى .

وفى رأينا أن ماذهب إليه المالكية والشافعية هو الراجح لأن النصوص الواردة فى الطلاق تدل على أن الأصل فى الطلاق أن يكون رجعياً إلا ماقام الدليل على استثنائه وخروجه من هذا الأصل ، والمطلق لايملك أن يغير المشروع .

حكم الطلاق الرجعى

الطلاق الرجعى عند الحنفية لايزيل رابطة الزوجية ولايغير شيئاً من الأحكام الثابتة بالزواج مادامت المرأة فى العدة ، فهو — كما يقولون — لايزيل الملك ولا الحل مادامت العدة ، ويقصدون بالملك الذى لا يزول بالطلاق الرجعى حل الاستمتاع (١) وسائر الحقوق الثابتة بالزواج ، ويقصدون بالحل بقاء المطلقة حلالا

---

(١) والمالكية والشافعية وإن كانوا يوافقون الحنفية فى أن الطلاق الرجعى لاينهى =

لمن طلقها ولا تحرم عليه بسبب من أسباب التحريم ، ولهذا كان للزوج أن يعيد المطلقة رجعياً إلى الزوجية بدون عقد جديد مادامت فى العدة . وأن يجتمع بها ، ويعاشرها معاشرة الأزواج ، ويصير بذلك مراجعا ، وأن يعقد عليها مرة أخرى بعد انقضاء عدتها ، لبقاء الحل بعد الطلاق الرجعى ، وإذا مات أحدهما فى أثناء العدة ورثه الآخر ، ولا يحل بالطلاق الرجعى مؤخر الصداق إذا كان مؤجلا إلى الطلاق أو الوفاة ، لأن هذا الطلاق لاينهى الزواج بمجرد صدوره بل ينهيه بعد انقضاء العدة من غير مراجعة ، فلا يحل المؤخر إلا بانتهاء العدة من غير مراجعة . غير أن أثره يظهر فى أمرين :

(١) أنه ينقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج فإذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعياً فإن لم يكن هذا الطلاق مسبوقاً بطلقة بقيت له طلقتان ، وإن كان مسبوقا بطلقة لم يبق له إلا طلقة واحدة تحرم المطلقة بعدها على مطلقها تحريماً مؤقتاً .

(٢) أنه يحدد رابطة الزوجية بانتهاء العدة بعد أن كانت غير محددة بمدة ، فإذا وقع الطلاق الرجعى وانقضت العدة من غير أن يراجع الزوج زوجته بانت منه بانقضاء العدة وانقضت رابطة الزوجية وارتفعت أحكامها .

═ الزوجية ولا تزول به الأحكام والحقوق الثابتة بمقتضى عقد الزواج مادامت المرأة فى العدة إلا أنهم يخالفونهم فى بقاء حل الاستمتاع فيقولون إن الطلاق : الرجعى يحرم به استمتاع كل من الزوجين بالآخر « الشرح الكبير للدردير ى ج ٢ ص ٤٣٢ ، المهذب للشيرازى ج ٢ ص ١١٠ »

حكم الطلاق البائن بينونة صغرى :

أما الطلاق البائن بينونة صغرى فإن أثره يظهر فيما يأتى :

١ — أنه يزيل الملك فى الحال بمجرد صدوره ولا يبقى للزوجة أثر سوى العدة وما يتعلق بها ، فلا يحل للزوج أن يستمتع بزوجته ولا أن يختلى بها ، ولا يكون له الحق فى مراجعتها بدون عقد جديد ولكنه لا يزيل الحل فللمطلق أن يعقد عليها مرة أخرى فى أثناء العدة أو بعد انقضائها بدون حاجة إلى تزوجها برجل آخر لبقاء الحل .

٢ — أنه ينقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج كالطلاق الرجعى . فإذا طلق الرجل زوجته طلقة بائنة وقد سبق له أن طلقها طلقة أخرى لم يبق له إلا طلقة واحدة تحرم بعدها عليه تحريماً مؤقتاً .

٣ — يحل بمجرد البينونة مؤخر الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين : الطلاق أو الوفاة .

٤ — يمنع التوارث بين الزوجين . فإذا مات أحدهما خلال العدة لا يرثه الآخر ، لأن الطلاق البائن ينهى الزوجية بمجرد صدوره فيزول به السبب الذى يثبت به التوارث بين الزوجين ، إلا إذا كان الطلاق فى حال المرض وقامت قرينة على أن الزوج يقصد حرمان الزوجة من الميراث فإنها ترثه إن مات وهى فى العدة معاملة له بنقيض مقصوده .

حكم الطلاق البائن بينونة كبرى :

وأما الطلاق البائن بينونة كبرى فإنه يزيل الملك والحل معاً فى الحال ولا يبقى للزوجية أثر سوى العدة وما يتعلق بها ، فيحل به مؤخر الصداق المؤجل إلى الطلاق أو الوفاة ، ويمنع التوارث بين الزوجين إلا إذا كان المطلق يقصد الفرار

من الإرث فيعامل بنقيض مقصوده ، ويثبت للآخر حق الميراث فى تركة صاحبه، وهى حالة الطلاق فى مرض الموت وما يلحق به كما سيجىء ، وتحرم به المطلقة على الزوج تحريماً مؤقتاً ولا تحل له حتى تتزوج برجل آخر زواجاصحيحاً،ويدخل بهادخولا حقيقياً ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها منه ، فحينئذ يحل للأول أن يعقد عليها .

الرجعة

الطلاق الرجعى ـ كما علمنا ـ لا يزيل الملك فى الحال، ولا يزيل الحل أبدا ، وإنما زوال الملك به مرهون بانقضاء العدة ، فللمطلق بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية بدون حاجة إلى عقد جديد ما دامت فى العدة ، وهذه الإعادة هى ما يطلق عليها فى الفقه اسم « الرجعة» وسنعرض فيما يلى لبيان معنى الرجعة ، ومن له الحق فيها ، وشروطها ، وما تحصل به وحكم ما إذا اختلف الزوجان فى وجودها أو فى صحتها .

معنى الرجعة : الرجعة فى اصطلاح الحنفية(١) هى : استدامة الزواج فى أثناء

(١) أما المالكية فإنهم يعرفون الرجعة بأنها : عودة المطلقة للعصمة من غير عقد جديد . أما الشافعية فإنهم يعرفونها بأنها : رد المرأة إلى الزواج فى أثناء العدة من طلاق غير بائن ؛ وتعريف الحنفية للرجعة أدق من تعريف المالكية والشافعية ، فإن تعريف الحنفية يدل على بقاء الزواج بعد الطلاق الرجعى ما دامت العدة وأن الرجعة استدامة له وليست إنشاء لعقد جديد ولا إعادة للزواج السابق بعد زواله ، أما تعريف المالكية والشافعية فإنه يفهم منه أن الزواج ينتهى بالطلاق الرجعى وأن الرجعة تعيده بعد زواله ، والأول هو الذى يتفق مع الواقع ، لأن الطلاق الرجعى تبقى بعده أحكام الزواج كما كانت ما دامت المطلقة فى العدة ، وبقاء الأحكام مبنى على بقاء الزوجية كما تنطق بذلك عباراتهم الواردة فى كتبهم الفقهية ، وزوال حل الاستمتاع بالطلاق الرجعى على رأيهم لا يدل على زوال الزوجية لأن حل الاستمتاع ليس لازما لبقاء الزوجية فقد تكون الزوجية=

عدة الطلاق الرجعى ، وذلك لأن الطلاق الرجعى لماحدد بقاء الزوجية بإنتهاء العدة ، فإذا راجع المطلق زوجته خلال العدة كان ذلك إبقاء للزواج الذى لم ينقطع واستدامة له ، وإلغاء لهذا التحديد .

من له حق الرجعة ؟

والرجعة حق أثبته الشارع للزوج ما دامت المطلقة فى العدة ، سواء رضيت بذلك أو لم ترض لقول الله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك » فإن معناه أن أزواج المطلقات رجعياً أحق . برجعتهن فى زمن التربص وهو العدة ، ليتمكن الزوج بهذا الحق من إبقاء الحياة الزوجية واستدامتها إذا رأى المصلحة فى ذلك فإذا صدر منه الطلاق ولم يكن بائناً ثم وجد أن الطلاق ليس خيراً وأن المصلحة فى عودة الحياة الزوجية راجع المطلقة قبل انتهاء عدتها ، وإذا وجد أن الخير فى فى الطلاق وليس من المصلحة عودة الحياة الزوجية تركها بدون مراجعة حتى تنتهى عدتها وبذلك تبين منه وتملك أمرها ولا يكون له سلطان عليها .

غير أن هذا الحق لا يقبل الإسقاط ولا يصح التنازل عنه حتى لو قال الزوج بعد أن طلق زوجته رجعياً لا رجعة لى عليك أو أسقطت حقى فى الرجعة فإن حقه فى المراجعة لا يسقط ،لأن الشارع رتب هذا الحق على الطلاق الرجعى فى قوله جل شأنه « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » فيكون حكما له وأثراً من آثاره فلا يملك المطلق إسقاطه ، لأن ذلك يعتبر تغييراً لما شرعه الله ولا يملك أحد أن يغير ما شرعه الله .

= قائمة ، ومع ذلك لا يحل الاستمتاع بالزوجة كما إذا ظاهر الرجل من امرأته أو كانت المرأة فى حال الحيض مثلا فإن الزواج يكون قائماً ولكن لا يحل الاتصال بالزوجة اتصالا جنسيا .

شروط صحة الرجعة :

ويشترط لصحة الرجعة ما يأتى :

١ — أن يكون الطلاق رجعياً ، فإن كان الطلاق بائناً لا تصح الرجعة ، لأن الطلاق البائن يزيل الملك فى الحال بمجرد صدوره فتملك المطلقة أمرها ، ولا يستطيع الزوج أن يعيدها إلى الزوجية مرة أخرى إلا بعقد جديد .

٢ — أن تكون الرجعة قبل انقضاء العدة ، لأن العدة إذا انقضت أصبح الطلاق بائناً فينسد باب الرجعة .

٣ — أن تكون الرجعة منجزة ، لأن الرجعة شبيهة بالزواج من حيث إنها استدامة له فيشترط فيها التنجيز كالزواج ، وعلى هذا لو علق الزوج مراجعة زوجته على حصول أمر فى المستقبل كقوله : إن رجع أبى من السفر فقد راجعتك ، لا تصح الرجعة، وكذلك لو أضافها إلى زمن مستقبل كأن يقول لها : راجعتك غداً أو أول الشهر الآتى لا تصح الرجعة .

هذا :ولا يشترط لصحة الراجعة الإشهاد عليها عند الجمهور من الفقهاء فتصح الرجعة عندهم ولو لم يشهد الزوج عليها أحداً إلا أن الأحسن هو الإشهاد عليها خشية أن تنكرها الزوجة بعد انقضاء العدة فلا يتمكن من إثباتها ، ولأن فى الإشهاد عليها ابتعاداً عن الوقوف مواقف التهم ، لأن الناس إذا علموا بطلاق زوجته ثم راجعها ولم يشهد على الرجعة لتهموه بمعاشرتها بدون زواج .

وقال ابن حزم الظاهرى والشافعى فى مذهبه القديم وأحمد فى إحدى الروايتين عنه وبعض الشيعة : إن الشهادة شرط لصحة الرجعة ، فلو راجع الزوج زوجته ولم يشهد على رجعته لم تكن الرجعة صحيحة .

وسبب هذا الخلاف يرجع إلى اختلافهم فى موجب الأمر الوارد فى قول الله تعالى « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا

ذوى عدل منكم» (١) فابن حزم ومن وافقه حملوا الأمر فيه على الوجوب ، لأن الأصل فى الأمر أنه يدل على وجوب المأمور به ولا يصرف عن إفادة الوجوب إلى غيره إلا بدليل ، ولم يوجد هذا الدليل ، ولأن الشهادة شرط فى إنشاء الزواج بالإجماع فتكون شرطاً فى استدامته بالرجعة .

والجمهور حملوا الأمر فيه على الندب والاستحباب ، لقيام الدليل الذى يصرفه عن إفادة الوجوب إلى الندب والاستحباب وهو أن المراجعات كانت تحصل كثيراً فى صدر الإسلام ولم يؤثر عن الرسول طلب الإشهاد عليها ، فقد روى أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهى حائض فأمره النبى صلى الله عليه وسلم بمراجعتها ولم يأمره بالإشهاد على الرجعة ، ولو كانت الشهادة شرطاً لصحتها لأمره بها وكذلك لم يؤثر عن الصحابة اشتراط الشهادة لصحة الرجعة فكان ذلك دليلا على أن الأمر بالأشهاد على الرجعة ليس للايجاب وإنما هو للندب والاستحباب ، وأيضاً فإن الرجعة حق للزوج لا يتوقف على رضا المرأة فلا يحتاج إلى الإشهاد عليه كسائر حقوق الزوج ، ولأن الشهادة شرط لابتداء الزواج وليست شرطاً لبقائه ، والرجعة إبقاء للزواج واستدامة له فلا تكون الشهادة شرطاً لصحتها .

وكذلك لا يشترط لصحة الرجعة إعلام الزوجة بها فلو راجع الزوج زوجته كانت الرجعة صحيحة ولو لم تعلم بها الزوجة ، لأن الرجعة حق خالص للزوج لا يتوقف على رضا المرأة كالطلاق فلا يشترط لصحتها علم الزوجة بها كما لا يشترط ذلك فى الطلاق غير أن الأولى إعلام الزوجة بالرجعة بها حتى لا تتزوج بغيره بعد انقضاء العدة ظناً منها أنها بانت بانقضاء العدة ، وحتى

---

(١) الآية الثانية من سورة الطلاق .

لا تقع بينهما المنازعة فى المستقبل ، لأنها إذا لم تعلم بالمراجعة وانقضت العدة وقال الزوج راجعتك قبل انقضائها فربما تنكر الرجعة لعدم علمها بها فيحصل النزاع بينهما .

هذا ، وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية رأى القائلين باشتراط الشهادة لصحة الرجعة وأن الرجعة إذا حصلت فى غيبة الزوجة لا تكون صحيحة إلا إذا علمت بها الزوجة ، ويثبت العلم بها بكافة طرق الإثبات ، ومنها القرائن وإخبار الواحد العدل (مادة ١٥٧ ، ١١٠) من المشروع .

ما تحصل به الرجعة :

تحصل الرجعة عند الحنفية بواحد من أمرين :

الأول : القول سواء أكان صريحاً فى الرجعة أم كناية فيها ، فالصريح هو اللفظ الذى لا يحتمل معنى آخر سوى الرجعة وإبقاء الزوجية كراجعت زوجتى أو أمسكتها أو رددتها . وهذا تحصل به الرجعة من غير حاجة إلى النية . والكناية ما يحتمل المراجعة وغيرها كقوله لها : أنت امرأتى ، أو أنت عندى الآن كما كنت. فإن ذلك يحتمل الرجعة ويحتمل غيرها وهو أنها بمنزلة امرأته من العناية بها والرعاية لها ، وأنها بعد الطلاق كما كانت قبله ، وهذا لا تحصل الرجعة به إلا بالنية أو دلالة الحال .

الثانى : الفعل الموجب لحرمة المصاهرة كالاتصال الجنسى أو التقبيل أو اللمس بشهوة ، لأن حصول هذا الفعل من المطلق يدل على رغبته فى إمساك زوجته كدلالة القول فتحصل به الرجعة كما تحصل بالقول . وكان مقتضى أن الرجعة حق خالص للزوج ألا تحصل الرجعة بالفعل من جانب الزوجة كما لا تحصل بالقول

من جانبها ولكن الحنفية لم يفرقوا فى حصول الرجعة بالفعل بين أن يكون من جانب الزوج أو الزوجة فقالوا : لو كان التقبيل أو اللمس بشهوة من الزوجة وكان بعلم الزوج ولم يمنعها منه اعتبر رجعة من غير خلاف بين أئمة المذهب وكذلك لو فعلته اختلاساً أو فى حال نومه عند أبى حنيفة ومحمد خلافاً لأبى يوسف. ووجه قولهما : أن الفعل الموجب لحرمة المصاهرة تثبت به حرمة المصاهرة سواء أكان من الزوج أو الزوجة فكذلك تثبت به الرجعة بالقياس عليها . ووجه قول أبى يوسف أنه لو اعتبر تقبيل الزوجة لزوجها أو مسها له بشهوة بدون علمه أو تمكينه رجعة لترتب على ذلك أن تكون الرجعة بيد الزوجة ، والرجعة إنما تكون بيد الزوج لا الزوجة ، هذا وهو الظاهر(١) .

وقال الشافعى : إن الرجعة لا تكون الا بالقول ، أما الفعل فإنه حرام لا تحصل به المراجعة مطلقاً سواء أكان من الزوج أم من الزوجة . لأن الرجعة عنده إعادة للزواج الذى أزاله الطلاق بدليل التعبير عنها بالرد فى قول الله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن » والرد إعادة الشىء بعد زواله ، والإعادة لا تكون إلا بالقول . أما الحنفية فإنهم يعتبرون الرجعة استدامة للزواج وإبقاء له وليست إعادة له بعد زواله ، لأن الله تعالى سمى المطلق بعلا ، والبعل هو الزوج ، وذلك دليل على بقاء الزوجية بعد الطلاق الرجعى ولأنه سبحانه عبر فى آيات أخرى عن الرجعة بالإمساك ، وهو دليل على بقاء الزواج، لأن الإمساك استدامة الشىء

---

(١) وقد رأت لجنة الأحوال الشخصية اختيار مذهب أبى حنيفة ومحمد فنصت فى الفقرة الثانية من المادة (١١٥) على أنه « تصح الرجعة بالقول وبالفعل بالوطء أو دواعيه التى توجب حرمة المصاهرة فى المذهب الحنفى ، ولو اختلاسا منه أو منها » .

القائم لا إعادة الزائل ، والتعبير عن الرجعة بالرد فى قوله جل شأنه « وبعولتهن أحق بردهن » لا يدل على زوال الزواج وعدم بقائه بالطلاق الرجعى ، لأن الرد كما يطلق على إرجاع الشىء بعد زواله يطلق أيضاً على استدامة الشىء الذى وجد سبب زواله وإن لم يكن قد زال بالفعل . كالبائع إذا اشترط لنفسه الخيار ثم اختار فسخ البيع فإن ذلك يسمى رداً ، وهو استدامة للملك وإبقاء له وليس إعادة له بعد زواله ، لأن ملكه لم يزل بالبيع مع اشتراط الخيار وإنما تحقق سبب زواله فقط والزواج بعد الطلاق الرجعى قد وجد سبب زواله وهو الطلاق إلا أنه لا يزول بالفعل إلا بعد انتهاء العدة ، فإذا راجع الزوج زوجته فى أثناء العدة اعتبر ذلك رداً أى استدامة للزواج وإبقاء له .

ومن هذا يتبين رجحان مذهب الحنفية وهو صحة الرجعة بكل من القول والفعل وإن كان الأولى أن تكون بالقول الذى يفيدها ويدل عليها .

اختلاف الزوجين فى الرجعة :

إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً ثم ادعى أنه راجعها فى أثناء العدة فقد توافقه الزوجة على ذلك وقد تختلف معه ، فإن وافقته على ما ادعاه ثبتت الرجعة وترتب عليها أثرها . وإن اختلفت معه فى ذلك فهذا الخلاف قد يكون فى حصول الرجعة ، وقد يكون فى صحة الرجعة وعدم صحتها مع اتفاقهما على حصولها ، وبيان الحكم فى هاتين المسألتين على التفصيل الآتى :

ا — إذا كان الخلاف بين الزوجين فى حصول الرجعة بأن ادعى الزوج أنه كان قد راجع زوجته فى وقت عينه وأنكرت الزوجة ذلك وقالت إنه لم يراجعها ، فإن كان هذا النزاع والزوجة لا تزال فى العدة فالقول قول الزوج

ولا عبرة لتكذيب المرأة إياه لأنه أخبر عن شيء يملك إنشاءه فى الحال ، والقاعدة المقررة : أن من أخبر بشيء يملك إنشاءه حال الإخبار صدق فيما أخبر به إذ لو لم يصدق استطاع أن يراجعها ما دامت العـــدة باقية فلا يفيد التكذيب شيئاً .

وإن كان النزاع بعد انقضاء العدة كان على الزوج أن يثبت دعواه بالبينة ، فإن أثبت حصول الرجعة بالبينة حكم بما ادعى وثبتت الزوجية بينهما . حتى لو كانت المطلقة قد تزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها لاعتقادها أن مطلقها لم يراجعها فى العدة فسخ هذا العقد وفرق بينها وبين الزوج الثانى سواء دخل بها أو لم يدخل وعادت للأول .

وإن عجز الزوج عن الإثبات كان القول للزوجة من غير يمين عند الإمام أبى حنيفة ، لأن فائدة توجيه اليمين تظهر عند النكول والامتناع عن الحلف والنكول عنده بذل للحق المدَّعى ، وتبرع به للمدَّعى ، والتبرع لا يجرى فى الرجعة ، وقال الصاحبان : القول قول الزوجة مع يمينها ، لأن النكول عن اليمين يعتبر عندهما إقراراً بالحق المدعى ، والرجعة يصح الإقرار بها ، وعلى قولهما الفتوى والعمل .

ب — وإذا كان الاختلاف بينهما فى صحة الرجعة بأن جاء الزوج وراجعها فقالت الزوجة : إن الرجعة باطلة لأنها وقعت بعد انقضاء العدة ، وقال الزوج إنها صحيحة لأن العدة لا تزال باقية . فإن كانت العدة بالحيض وكانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى انقضاء العدة عنده تكفى لانقضاء العدة كان القول قولها مع يمينها ، لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعلم إلا من جهتها، فإن حلفت أن عدتها قد انقضت رفضت دعوى الزوج ، وإن امتنعت عن اليمين حكم له

بدعواه وثبتت الرجعة ، لأن نكولها عن اليمين إقرار بدعواه على رأى الصاحبين الذى عليه العمل .

وإن كانت المدة التى مضت لا تكفى لانقضاء العدة بأن كانت أقل من المدة التى جعلت أقل مدة تنتهى فيها العدة شرعا ، فلا يلتفت إلى قولها وحكم بصحة الرجعة ، لأن القرينة الشرعية تكذبها فى دعواها .

وأقل مدة يمكن أن تنقضى فيها العدة بالحيض ستون يوماً عند أبى حنيفة ، وهو الراجح ، لأن العدة مقدرة شرعاً بثلاث حيضات ومدة كل حيضة عشرة أيام باعتبار أقصى مدة الحيض احتياطا ، والحيضات يتخللها طهران ، وأقل مدة للطهر الفاصل بين الحيضتين خمسة عشر يوما فيكون مجموع ذلك ستين يوما ، ولا تصدق المرأة فى انقضاء عدتها فى أقل من ذلك .

زواج التحليل :

الطلاق البائن بينونة كبرى – كما تقدم – تحرم به المرأة على من طلقها تحريماً مؤقتاً فلا يجوز له أن يعقد عليها مرة أخرى إلا بعد أن تتزوج برجل آخر زواجاً صحيحاً ويدخل بها دخولا حقيقياً ثم تحصل الفرقة بينهما بسبب من أسباب الفرقة ، وتنقضى عدتها منه .

فإذا جاء رجل وتزوج المطلقة ثلاثا ولم يكن غرضه من الزواج دوام العشرة ولا تكوين الأسرة كما هو المقصود من الزواج وإنما غرضه تحليلها للزوج الأول فهل يكون هذا الزواج صحيحاً تترتب عليه آثاره التى منها إباحتها للزوج الأول أو يكون فاسداً لا تترتب عليه آثار الزواج الصحيح فلا تحل به لزوجها الأول ؟ اختلفت آراء الفقهاء فى ذلك :

فقال الحنفية : إن التحليل إذا كان مقصوداً للعاقدين أو لأحدهما ولم يشترط فى عقد الزواج فإن العقد يكون صحيحاً وتحل به المرأة للزوج الأول إذا دخل بها الزوج الثانى دخولا حقيقياً ثم فارقها وانقضت عدتها منه . لأن العبارة قدصدرت خالية من العيب وهى المظهر الخارجى للعقد فيوجد بوجودها ولا عبرة بما وراءها من قصد ونية .

أما إذا شرط التحليل فى العقد فقد اختلفت الروايات عن أئمة المذهب فروى عن أبى حنيفة أن العقد صحيح فإذا طلقها بعد الدخول الحقيقى وانقضت عدتها منه حلت للزوج الأول ، لأن شرط التحليل من الشروط الفاسدة والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة ، بل يبطل الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً ولكنه يكون مكروهاً كراهة تحريمية بسبب ذلك الشرط الذى قارنه، للحديث الصحيح الوارد فى ذلك وهو قول النبى صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلِّل والمحلَّل له ».

وروى عن أبى يوسف أن الزواج فاسد ، لأنه فى معنى الزواج المؤقت فلا تحل به للزوج الأول ولو دخل بها الزوج الثانى ، وروى عن محمد أن الزواج صحيح ، ولكن لا تحل به للزوج الأول ، لأنه استعجل ما أخره الشرع فيعاقب بمنع مقصوده ، كما إذا قتل الوارث مورثه(١) .

وقال الشافعية : إن التحليل إذا لم يشترط فى العقد بل كان منوياً فقط أو شرط قبل العقد أو بعده فإن العقد يكون صحيحاً ، فإذا دخل الزوج الثانى بالمرأة ثم فارقها لسبب من الأسباب حلت لزوجها الأول ، لأن العبارة صدرت سليمة من العيب ، وهى المظهر الخارجى للعقد فيوجد بوجودها ولا عبرة بما وراءها

(١) الهداية مع فتح القدير ج ٣ ص ١٧٧ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٥٥

من النيات والمقاصد ، أما إذا اشترط التحليل فى العقد فإن العقد لا يصح ولا تحل به المرأة لزوجها الأول ، لأن اشتراط التحليل من الشروط الفاسدة فإذا ذكر فى العقد اقتضى فساده ، والعقد الفاسد لا تحل به المطلقة ثلاثا لزوجها الأول حتى ولو دخل بها الزوج الثانى .

وقال المالكية[١] والحنابلة[٢] : إن زواج التحليل فاسد ، سواء كان التحليل مشروطاً فى العقد أو قبله أو بعده أم كان منوياً فقط فلا يجوز لمن فعله مباشرة الزوجة ولا تحل به لزوجها الأول بعد الطلاق .

وهذا القول فى نظرى هو الراجح ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: لعن الله المحلل والمحلل له » وفى بعض روايات هذا الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا : بلى يا رسول الله قال : هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له » وهو ظاهر الدلالة على تحريم زواج التحليل وفساده ، وروى نافع عن ابن عمر أن رجلا قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرنى ولم يعلم قال : لا إلا نكاح رغبة ، إن أعجبتك أمسكتها وإن كرهتها فارقتها ، وإن كنا نعد هذا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم سفاحا[٣] ، ولأن زواج التحليل لا يقصد به ما شرع الزواج لأجله وهو دوام العشرة وتكوين الأسرة بل يقصد به غرض آخر غير مشروع وهو إحلالها للزوج الأول فيكون فى معنى الزواج المؤقت ، والزواج المؤقت غير صحيح .

ولكن العمل إلى الآن يجرى فى هذه المسألة على الراجح من مذهب الحنفية

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٥٨

(٢) المغنى والشرح الكبير ج ٧ ص ٥٧٤

(٣) المغنى مع الشرح الكبير ج ٧ ٥٧٥

وهو أن زواج التحليل تحل به المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول وإن كان التحليل مشروطاً فى العقد .

هدم الزوج الثانى طلاق الزوج الأول

إذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعياً أو بائنا بينونة صغرى ثم عادت إليه قبل أن تتزوج برجل آخر فإنها تعود إليه بما بقى له من الطلقات الثلاثة ، فإن طلقها واحدة رجعية أوبائنة ثم عادت إليه ملك عليها طلقتين ، وإن طلقها اثنتين ثم عادت إليه لم يملك إلا طلقة واحدة .

أما إذا طلق الرجل زوجته ثم عادت إليه بعد أن تزوجت برجل آخر ودخل بها ثم طلقها أو مات عنها ، فإن كان الطلاق ثلاثاً فإن الزوج الثانى يهدم هذا الطلاق وتعود المرأة إلى الزوج الأول . بحل كامل يملك فيه ثلاث طلقات ، لأن الحل الأول قدزال بالطلاق الثلاث ، والزوج الثانى أنشأ حلا جديداً كاملا فيملك فيه الزوج الأول ثلاث طلقات ، ولا خلاف فى هذا لأحد من الفقهاء .

وإن كان الطلاق واحدة أو اثنتين فقد اختلف أئمة الحنفية فى ذلك ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ، إن الزوج الثانى يهدم هذا الطلاق أيضاً كما يهدم الثلاث ، فتعود المرأة إلى الزوج الأول بثلاث طلقات ، لأن الزوج الثانى إذا هدم الثلاث وأنشأ حلا كاملا فأولى أن يهدم مادون الثلاث ويكمل الحل الناقص ، ولأن المرأة لما تزوجت بالزوج الثانى زال حلها للأول وصارت محرمة عليه ما بقى الزواج الثانى قائماً فإذا طلقها أو مات عنها وانتهت عدتها منه لايعود الحل السابق ، لأن الزائل لايعود ، وإنما ينشأ حل جديد كامل فيملك الزوج فيه ثلاث طلقات .

وقال محمد وزفر : إن الزوج الثانى لايهدم الواحدة والاثنتين ، فإذا عادت

المطلقة واحدة أو اثنتين إلى مطلقها فلا يملك عليها ثلاث طلقات ،وإنما يملك ما بقى له من الثلاث ، لأن الحل الأول لا يزول إلا بالطلاق الثلاث فإذا طلق الرجل زوجته واحدة أو اثنتين لم تحرم عليه وحل له التزوج بها فلو تزوجت بغيره ثم عادت إليه بعد ذلك عادت إليه بالحل الأول فلا يملك عليها إلا ما بقى له من الطلاق الثلاث (١) ، والمفتى به فى المذهب قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو ما يجرى عليه العمل . وقد اختارت هذا الرأى لجنة الأحوال الشخصية ،فنصت فى الفقرة الثانية من المادة (١١٥) من مشروع القانون الذى وضعته على ما يأتى :

« زواج المطلقة بزوج آخر يهدم بالدخول طلقات الزوج السابق ، ولو كانت دون الثلاث فإذا عادت إلى الزوج السابق ملك عليها ثلاث طلقات جديدة »

---

(١) وقال الكمال بن الهمام : إن المسألة مختلف فيها بين الصحابة فروى محمد عن أبى حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن سعيد بن جبير ؟ قال : كنت جالسا عند عبدالله بن مسعود إذ جاءه أعرابى فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقه أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم انقضت عدتها وأراد الأول أن يتزوجها على كم هى عنده ؟ فالتفت إلى ابن عباس وقال ما تقول فى هذا ؟ قال : يهدم الزوج الثانى الواحده والثنتين والثلاث ، واسأل ابن عمر . قال : فقال مثل ما قال ابن عباس وروى البيهقى من طريق الشافعى بسنده عن عمر فى نحوه قال : هى عنده على ما بقى ونحوه عن على ونقل عن أبى بن كعب وعمران بن الحصين ، فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والترجيح بين القولين بقوة الحجة . ثم أورد حجة كل من القولين . وناقش وجهة كل منهما وانتهى إلى ترجيح قول محمد وهو على خلاف ما رجحه فقهاء المذهب ثم قال : ولقد صدق قول صاحب الأسرار : ومسألة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج منها. « فتح القدير ج ٢ ص ١٧٩ »

طلاق المريض مرض الموت ومن فى حكمه

المراد بمرض الموت عند الفقهاء المرض الذى يتحقق فيه أمران :

الأول : أن يكون الغالب فيه الهلاك عادة وترجع فى ذلك إلى الإحصاءات الطبية وإلى أهل الخبرة من الأطباء .

الثانى : أن يتصل به الموت سواء أكان الموت بسببه أم بسبب شىء آخر غير ذلك المرض ، كالقتل أو الغرق أو التصادم أو حدوث مرض آخر أشد وأسرع فتكا من الأول .

وقد ألحق الفقهاء بالمريض مرض الموت فى الحكم الأصحاء الذين يكونون بحال تجعلهم يترقبون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء والهلاك على النجاة وينتهى بهم الأمر إلى الموت ، وذلك كمن يحكم عليه بالإعدام ويقدم للتنفيذ أو كان فى سفينة وغلبت عليها الأمواج وظن الغرق أو كان أسيراً لدى دولة اعتادت قتل الأسرى ، فهؤلاء وأمثالهم يعتبرون فى تلك الحالة كالمريض مرض الموت وحكمهم كحكمه .

وعلى هذا إذا أصيب الشخص بمرض لايموت المريض منه غالباً بحسب العادة كالمغص البسيط أو الرمد وما أشبه ذلك ثم اتصل به الموت لا يعتبر فى هذه المدة فى مرض الموت ، فإذا صدر منه طلاق فى ذلك المرض كان له حكم طلاق الأصحاء من جميع الوجوه وكذلك إذا مرض الشخص بمرض يغلب فيه الهلاك وشفى منه ثم عاد فمرض ومات فإن طلاقه فى المرض الأول لايعتبر طلاق المريض مرض الموت .

حكم طلاق المريض مرض الموت ومن فى حكمه :

إذا طلق المريض مرض الموت ومن فى حكمه زوجته فإن طلاقه يقع كما يقع الطلاق من الصحيح مادام المرض لم يؤثر فى عقله ويجعله ملحقاً بالمجنون وتترتب عليه جميع الآثار التى تترتب على طلاق الصحيح ، ولايختلف عنه إلا فى حكم واحد وهو أنه إذا طلق زوجته طلاقا بائنا واعتبر فاراً أى هارباً من الميراث فإن زوجته ترث منه إذا مات وهى فى العدة لأن المريض مرض الموت ومن فى حكمه تتعلق حقوق ورثته بماله ، فإذا تصرف تصرفا يقصد به حرمان صاحب حق من حقه أو كان تصرفه مظنة هذا القصد فإنه يرد عليه قصده ويعامل بنقيض مايدل عليه تصرفه .

ولو ماتت المطلقة قبله لايرثها ولو كان موتها قبل انقضاء العدة ، لأن الزوجية التى هى سبب التوارث بين الزوجين قد زالت بالطلاق البائن بمجرد صدوره ، والزوجة ليست متهمة فى هذه الحالة حتى يجعل الزواج قائما حكما فى حق إرثه منها ، كما جعل قائما فى حق إرثها منه لاتهامه بقصد الفرار من الميراث .

ولـكى يعتبر المريض مرض الموت ومن فى حكمه فارا من الإرث لابد أن تتحقق الشروط الآتية :

١ — أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقى . فلو كانت البينونة قبل الدخول والخلوة لايعتبر فاراً ولا تستحق الزوجة الميراث ، لأن العدة لاتجب بهذا الطلاق والميراث أثر من آثار الزواج ولايمكن بقاء شىء من آثار الزواج إلا فى حال وجود الزواج أو العدة وكذلك الحكم لو كانت البينونة بعد الخلوة الصحيحة ، لأن العدة وإن وجبت على الزوجة فى هذه الحالة إلا أن وجوبها للاحتياط محافظة على الأنساب ، والميراث حق مالى لايثبت للاحتياط .

٢ — أن تكون الفرقة بدون رضا الزوجة ، فلو كانت برضاها لايثبت لها الميراث ، لأن رضاها بالفرقة قد أزال مظنة الفرار ، وعلى هذا لو طلبت الزوجة من زوجها الطلاق البائن أو دفعت إليه مالا فى سبيل تطليقها فأجابها إلى ماطلبت فلا ميراث لها ولو قال لها أختارى نفسك فاختارت نفسها ثم مات وهى فى العدة لايثبت لهـا الميراث ، وكذلك لو طلبت من القاضى التفريق بينهـا وبين زوجها لاختيارها فسخ الزواج بسبب الإفاقة من الجنون أو العته ، أو لوجود عيب فى الزوج يبيح لها هذا الطلب وفرق القاضى بينهما ثم مات الزوج قبل انتهاء العدة فلا تستحق الميراث ، لتحقق رضاها بالبينونة فى جميع هذه الأحوال ، وهو يعتبر رضا منها بإسقاط حقها فى الميراث .

أما لو طلبت من زوجها وهو مريض مرض الموت أن يطلقها رجعياً فطلقها بائناً ثم مات وهى فى العدة فإنه يعتبر فارا فيثبت لها الميراث ، لأن رضاها بالطلاق الرجعى لا يعتبر رضا منها بالبائن ، لأن الطلاق الرجعى الذى طلبته لا يزيل الزواج ولا يمنع الميراث فى العدة فلم تكن بطلبها الطلاق الرجعى راضية ببطلان حقها فى الميراث .

٣ — أن تكون الزوجة أهلا للميراث من زوجها وقت الطلاق وأن تستمر هذه الأهلية إلى وقت الموت ، فإذا لم تكن أهلا للميراث وقت الطلاق بأن كانت كتابية وهو مسلم فلايثبت لها الميراث لأن مظنة الفرار من الميراث لاتتحقق فى هذه الحالة لأنها عند الطلاق لايتصور ميراثها لوجود المانع منه وهو اختلاف الدين ، فلا يتصور قصد حرمانها من الإرث الذى يتحقق به معنى الفرار ، ولافرق فى هذا الحكم بين أن تستمر على دينها إلى وقت موت المطلق أو تعتنق الإسلام قبل موته لعدم تحقق معنى الفرار وقت الطلاق .

ولو كانت الزوجة أهلا للميراث وقت الطلاق ثم خرجت عن هذه الأهلية قبل الموت فإنها لاترث ، كما لو كانت مسلمة وقت الطلاق ثم ارتدت عن الإسلام قبل موت المطلق واستمرت على ردتها حتى مات وهى فى العدة أو عادت إلى الإسلام قبل موته ، فلاتستحق الميراث ، لأنها بالردة سقط حقها فى الميراث ولا يعود هذا الحق بالإسلام لأن الساقط لايعود ، وإذا حصلت الفرقة بين الزوجين من جهة الزوجة وهى مريضة مرض الموت أو ملحقة بها بأن كانت فى حالة يغلب فيها خوف الهلاك اعتبرت فارة من ميراث زوجها فتعامل بنقيض مقصودها،ويرثها الزوج إذ ماتت وهى فى العدة ، ولا ترث هى منه إذا مات ولو كانت فى العدة ، لأن حق الزوج يتعلق بمالها فى مرض موتها كما يتعلق حقها بماله فى مرض موته ، فإذا قصدت بالفرقة إبطال حقه رد عليها قصدها وثبت له الميراث وذلك كأن يكون الزوج قد فوض أمر البينونة إليها فتوقع هذا الطلاق فى مرض موتها أو فى حالة تلحق بمرض الموت ، أو يكون لها خيار الفسخ بسبب إفاقتها من الجنون أو العتة فتختار فسخ الزواج فى مرض موتها ويحكم القاضى بفسخ الزواج بناء على اختيارها ، أو ترتكب مع أحد أصول الزوج أو فروعه فى مرض موتها ما يوجب حرمة المصاهرة ، أو ترتد عن الإسلام وهى فى مرض الموت فإنها تعتبر فى جميع هذه الأحوال فارة من الميراث فيرثها زوجها ، إذا ماتت قبل انقضاء عدتها ، لأن الفرقة جاءت بسبب من جهتها وقد قصدت بفعلها حرمان زوجها من ميراثها فيرد قصدها السيىء عليها .

وهذا الذى قررناه فى ميراث زوجة الفار هو مذهب الحنفية ، وحجتهم وذلك ماياتى :

١ — ماروى أن عبد الرحمن بن عوف أبان زوجته تماضر بنت أصبغ الكلبية فى مرض موته فقضى عثمان رضى الله عنه بتوريثها منه ، وقد روى أن ذلك كان فى عدتها ، وكان قضاؤه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعاً منهم على هذا الحكم .

٢ — أن من أبان زوجته فى مرض موته يكون قاصداً إبطال حقها فى الميراث بعد تعلقه بما له فيرد عليه قصده السيء بتأخير عمل الطلاق إلى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها ، كما يرد قصد القاتل إذا قتل مورثه حيث حرم من ميراثه لكونه أتى فعلا محرماً لغرض فاسد فعامله الشارع بنقيض مقصوده(١) .

وقال الإمام أحمد : إن زوجة الفار تستحق الميراث ولو انقضت العدة ما لم تتزوج بغيره قبل موته ، فإن تزوجت بغيره بعد انتهاء عدتها منه ثم مات لا ترثه لأنه لا يمكن تصور قيام الزوجية من الأول بعد أن تزوجت بغيره ولا يثبت الميراث بدون تصور قيام الزوجية ولأنها لو ورثت بعد الزواج بغيره لأدى ذلك إلى توريثها من زوجين فى بعض الأحوال ، والمرأة لا تكون زوجة لاثنين شرعا(٢) .

وقال الإمام مالك : إن حقها فى الإرث لا ينقطع ولو تزوجت بغيره قبل الموت . وحجته فى ذلك ما روى أن عثمان ورث زوجة عبد الرحمن بن عوف بعد انقضاء العدة ، ولأن سبب توريثها بعد الطلاق البائن هو قصد الزوج الفرار من ميراثها ، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة وتزوجها بغيره فيثبت لها الميراث ولو

---

(١) الهداية مع فتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ — ١٥٢

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ج ٧ ص ٢١٧ ، ٢١٩

بعد الزواج برجل آخر[١] ، وهو رأى غريب جداً ، وإذا كان لرأى الإمام أحمد بعض الوجاهة فإنا لا نرى وجهاً لرأى الإمام مالك ، لأن المطلقة بعد أن تتزوج بزوج آخر قد انقطعت كل صلة بينها وبين زوجها الأول فإذا ورثت منه فى هذه الحالة كان ميراثها بدون سبب ، وهو غير معهود فى الشرع ، ولأن ثبوت الإرث لها حينئذ قد يؤدى إلى توريثها من رجلين فى وقت واحد ، وهو أيضاً على خلاف المعهود فى الشرع ، وقول المالكية أن قضاء عثمان بتوريث امرأة عبد الرحمن بن عوف كان بعد انقضاء العدة معارض لقول الجمهور : إنه كان قبل انقضاء العدة ، وعلى فرض أن قضاء عثمان كان بعد انقضاء العدة فإنه لم يكن بعد أن تزوجت بزوج آخر ، كما هو رأى المالكية ، والفرق واضح بين الحالتين فلا يصح أن تقاس إحداهما على الأخرى .

وقال الإمام الشافعى : إنها لا تستحق الميراث أصلا ولو مات زوجها وهى فى العدة ، لأن الزوجية هى السبب فى ثبوت الميراث بين الزوجين ، والزوجية قد انقطعت بالطلاق البائن بمجرد صدوره ، والميراث لا يثبت بعد زوال سببه ، ولهذا لا يرثها الزوج إذا ماتت وهى فى العدة ، ولو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين .

والذى يجرى عليه العمل الآن فى المحاكم هو مذهب الحنفية كما جاء فى الفقرة الثالثة[٢] من المادة (١١) من قانون المواريث الصادر فى سنة ١٩٤٣ ، ورأيهم وسط بين آراء الفقهاء كما هو ظاهر مما قدمنا .

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ ٢ صـ ٢٥٢ ، ٢٥٣

(٢) ونصها « وتعتبر المطلقة بائنا فى مرض الموت فى حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ، ومات المطلق فى هذا المرض ، وهى فى عدته »

اقسام الطلاق بالنظر إلى اشتمال الصيغة

على التعليق والإضافة وعدمه

ينقسم الطلاق بالنظر إلى اشتمال الصيغة على التعليق على أمر مستقل أو الإضافة إلى زمن مستقبل وعدم اشتمالها إلى منجز ومضاف ومعلق .

فالطلاق المنجز هو ما كانت صيغته مطلقة غير مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلقة على حصول أمر فى المستقبل ، كأن يقول الرجل لزوجته : أنت طالق أو مطلقة ، أو طلقتك .

وحكمه وقوع الطلاق فى الحال وترتب آثاره عليه بمجرد صدوره متى كان الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والزوجة محلا لوقوعه .

والطلاق المضاف ما كانت صيغته مقرونة بوقت مستقبل يقصد المطلق إيقاع الطلاق عند حلوله ، كأن يقول الرجل لزوجته : أنت طالق غداً أو أول الشهر القادم أو أول السنة القادمة .

وحكمه وقوع الطلاق عند مجىء الوقت الذى أضيف إليه إذا كانت المرأة محلا لوقوع الطلاق عليها عند حلول ذلك الوقت ، وكان الرجل عند صدوره أهلا لإيقاعه . لأنه لم يقصد إيقاع الطلاق فى الحال وإنما قصد إيقاعه بعد زمن مخصوص فيعامل بما قصد .

والطلاق المعلق ما رتب وقوعه على حصول أمر فى المستقبل بأداة من أدوات الشرط كإن وإذا ومتى ونحوها ، وذلك كأن يقول الرجل لزوجته : إن خرجت من المنزل بغير أذنى فأنت طالق ، أو إن سافرت إلى بلدك فأنت طالق ء

وتعليق الطلاق بالشرط قد يكون لفظياً كالمثال المتقدم وقد يكون معنوياً كقول الرجل : على الطلاق لأفعلنّ كذا أو لاأفعل كذا ، أو الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا فإن أداة الشرط لم تذكر فى هذه الصيغة صراحة ولكنها مذكورة فى المعنى، فإن المقصود منها بحسب العرف لزوم الطلاق ووقوعه إذا لم يحصل المحلوف عليه ، فهو بمنزلة قوله : إن فعلت كذا أو لم أفعل كذا فزوجتى طالق (١) .

والشرط الذى يعلق الطلاق على حصوله تارة يكون أمراً اختيارياً يمكن فعله والامتناع عنه ، وهذا قد يكون من أفعال الزوج الاختيارية ، مثل : إن لم أدفع الدين إلى فلان غداً فزوجتى طالق وقد يكون من أفعال الزوجة الاختيارية ، كأن يقول الزوج لزوجته : إن ذهبت إلى منزل فلان فأنت طالق وقد يكون

---

(١) قال الكمال ابن الهمام فى فتح القدير ج ٣ ص ٤٨ « وقد تعورف فى عرفنا فى الحلف : الطلاق يلزمنى لاأفعل كذا ، يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع ، فيجب أن يجرى عليهم ، لأنه صار ذلك بمنزلة قوله : إن فعلت كذا فأنت طالق . وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقولهم : على الطلاق لاأفعل » وقال ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار ج ٢ ص ٤٤ بعد أن نقل ماقاله الكمال « وهذا صريح فى أنه تعليق فى المعنى على فعل المحلوف عليه بغلبة العرف وإن لم يكن فيه أداة تعليق صريحا ، ورأيت التصريح بأن ذلك معتبر فى الفصل التاسع عشر من التترخانية حيث قال : وفى الحاوى عن أبى الحسن الكرخى فيمن اتهم أنه لم يصل الغداة (يعنى صلاة الصبح) فقال : عبده حر أنه قد صلاها ، وقد تعارفوه شرطا فى لسانهم قال : أجرى أمرهم على الشرط على تعارفهم كقوله : عبدى حر إن لم أكن صليت الغداة ، وصلاها لم يعتق كذا هنا » .

من أفعال غيرهما مثل : إن سافر فلان إلى بلد كذا فأنت طالق . وتارة يكون أمراً غير اختيارى ، كأن يقول الزوج لزوجته : إذا طلعت الشمس فأنت طالق أو إن ولدت أنثى فأنت طالق .

فإن كان المعلق عليه من أفعال الزوج أو الزوجة الاختيارية سمى ماصدر عن الزوج طلاقاً معلقاً وسمى يميناً أيضاً . لأن اليمين فى الأصل معناها القوة وسمى الحلف بالله تعالى يميناً لإفادته القوة على فعل المحلوف عليه أو تركه ، أو تصديق المخبر فيما أخبر به ولما كان تعليق الطلاق الذى هو مكروه للنفس على أمر بحيث يقع الطلاق عند حصوله يفيد الحمل على فعل ذلك الأمر أو الامتناع عن فعله أو تأكيد الخبر وأنه صادق فيه أطلق عليه اسم اليمين مجازاً لوجود هذه المشابهة .

فإذا قال الرجل مثلا : لم أدفع الدين الذى على لفلان فى أول الشهر القادم فزوجتى طالق ، كان هذا التعليق مفيداً لحمله على أداء الدين فى الميعاد الذى حدده كما لو حلف على ذلك بالله تعالى فيسمى طلاقاً معلقاً ويميناً .

وإذا قال الرجل لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق كان ذلك مفيداً لحملها على الامتناع عن الدخول ، ولو قال : إن لم يكن ما أخبر به حقاً فزوجته طالق أفاد هذا حمل السامع على تصديقه فى هذا الخبر كما لو حلف على ذلك بالله تعالى ، فيسمى طلاقاً معلقاً ويميناً .

وإن كان المعلق عليه فعلا لغير الزوجين أو كان أمراً غير اختيارى كطلوع الشمس أو مجىء أول الشهر أو ولادة الأنثى وما أشبه ذلك فبعض الفقهاء

يسميه طلاقاً معلقاً ولا يسميه يميناً ، لأن التعليق فى هـذه الصور لا يفيد ماتفيده اليمين بالله تعالى وهو الحمل على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر ، فلا يكون بينه وبين اليمين مشابهة ، ومتى انتفت المشابهة بينهما لا يسوغ إطلاق اليمين عليه مجازاً .

وبعضهم يسميه يميناً أيضاً لوجود ركن اليمين وهو الشرط والجزاء وإن لم توجد ثمرة اليمين وحكمته وهى الحمل على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر ، لأن انتفاء الثمرة والحكمة لايخرجه عن كونه يميناً ، إذ الحكم الشرعى فى التصرفات الشرعية يتعلق بالصورة لا بالثمرة (١) . وما ذهب إليه الأولون هو الظاهر .

شروط صحة التعليق

ولا يكون تعليق الطلاق صحيحا إلا إذا توافرت الأمور الآتية .

١ — أن يكون الشرط الذى علق الطلاق على حصوله معدوماً ويحتمل أن يكون وألا يكون ، فلو كان موجوداً بالفعل لايكون تعليقاً بل تنجيزاً ويقع الطلاق فى الحال ، كما إذا قال الرجل لزوجته : إن كنت خرجت أمس فأنت طالق ، وقد خرجت أمس ، أو إن كان لك أولاد من غيرى فأنت طالق وكان لها أولاد من غيره .

ولو كان المعلق عليه معدوماً ولكنه مستحيل الوجود فإن التعليق لا يصح ولا يقع الطلاق ، ومثاله أن يقول الرجل لزوجته : إن صعدت السماء أو إن

---

(١) بدائع الصنائع ج ٣ ص ٢١ ، ٢٢ ، فتح القدير ج ٣ ص ١٢٧ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠٥ ، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٢٣ .

أحيي الله أباك بعد موته فأنت طالق ، لأن تعليق الطلاق على حصول أمر مستحيل يدل على أن المقصود من التعليق هو المبالغة فى نفى الطلاق وعدم وقوعه فيلغو الكلام ولا يقع به الطلاق(١) . ومثل التعليق على أمر مستحيل التعليق على مشيئة الله تعالى لأن الوقوف على مشيئة الله غير ممكن ، فلو قال لزوجته أنت طالق إن شاء الله لا يقع الطلاق .

٢ — أن يحصل التعليق ويوجد المعلق عليه والمرأة محل لوقوع الطلاق عليها بأن يكون ذلك فى حال قيام الزوجية أو فى أثناء العدة من الطلاق الرجعى أو البائن بينونة صغرى . وعلى هذا لو قال الرجل لامرأة أجنبية إن كلمت فلاناً فأنت طالق ثم تزوجها بعد ذلك وكلمت ذلك الشخص لا يقع الطلاق ، لأن المرأة وقت التعليق لم تكن محلا لإيقاع الطلاق عليها .

ولو قال لزوجته : إن سافرت إلى بلدك فأنت طالق ، ثم نجز طلاقها وبعد انتهاء العدة سافرت إلى بلدها لا يقع الطلاق المعلق عليها ، لأنها وقت وجود الشرط لم تكن محلا للطلاق .

ولو طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً أو بائناً بينونة صغرى ثم قال لها : إن كلمت فلاناً فأنت طالق فكلمته وهى فى العدة وقع الطلاق عليها .

ولا يشترط فى التعليق أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وقت حصول المعلق عليه ، وعلى هذا لو علق الطلاق على حصول أمر فى المستقبل وهو عاقل ثم

---

(١) ومن أمثلة تعليق الطلاق على معدوم مستحيل الوقوع ما لو طرق الزوج الباب ليلا فلم يفتح له أحد فقال : إن لم تفتحى الباب الليلة فأنت طالق ، وتبين أن زوجته لم تكن فى الدار فالطلاق لا يقع « حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠٧ » .

طرأ عليه الجنون أو العته ووجد المعلق عليه بعد ذلك وقع الطلاق ، لأن الصيغة صدرت من أهلها مستوفية شروطها فيترتب عليها أثرها .

حكم الطلاق المعلق :

إذا علق الرجل طلاق زوجته على حصول أمر فى المستقبل ووجد المعلق عليه فقد اختلف العلماء فى وقوع الطلاق على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن الطلاق المعلق يقع متى وجد المعلق عليه ، سواء أكان من أفعال الزوج أو الزوجة أو غيرها أو كان أمراً سماوياً لا دخل فيه لأحد من الناس ، وسواء قصد الزوج به التخويف والحمل على فعل شىء أو تركه أو لم يقصد ذلك ، وهو مذهب الأئمة الأربعة .

القول الثانى : أن الطلاق المعلق إذا وجد المعلق عليه لا يقع أصلا سواء كان على وجه اليمين ،وهو ما قصد به الحمل على فعل شىء أو تركه أو تأكيد الخبر أو لم يكن على وجه اليمين وهو ما قصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه . وهو قول الظاهرية وبعض الشيعة(١) .

القول الثالث : أن الطلاق المعلق إن كان على وجه اليمين ووجد المعلق عليه لا يقع ، وتجب فيه الكفارة التى تجب فى الحنث فى اليمين بالله تعالى (٢) وإن

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢١١ ومابعدها ، جواهر الكلام ج ٤ ص ٣٢٤

(٢) وهى عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ، فإن لم يستطع من وجبت عليه الكفارة شيئاً من ذلك وجب عليه أن يصوم ثلاثة أيام لقول الله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم » .

لم يكن على وجه اليمين وقع ، وهو قول ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (١) .

وقد استدل أصحاب القول الأول بما يأتى :

١ — أن النصوص التى أفادت شرعية الطلاق وتفويض الأمر فيه إلى الزوج وردت مطلقة ولم يرد عن الشارع ما يدل على تقييدها بنوع دون نوع والمطلق إذا ورد ولم يدل دليل على تقييده بشىء فإنه يعمل به على إطلاقه، ومقتضى ذلك أن يكون الطلاق مفوضا إلى الزوج على وجه الإطلاق . فله أن يوقعه حسبما أراد إن شاء أوقعه منجزاً ، وإن شاء أوقعه مضافا ، وإن شاء أوقعه معلقا سواء كان على وجه اليمين أم لا .

٢ — أن تعليق الطلاق وقع فى عصر الصحابة ، وسئلوا عنه وأفتوا بوقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه ولو كان على وجه اليمين وكذلك فى عصر التابعين ولم يخالف فى ذلك أحد من أهل الاجتهاد الذين يعتد برأيهم فيكون إجماعاً منهم على وقوع الطلاق المعلق ، ولو كان على وجه اليمين .

من ذلك ما أخرجه البخارى عن نافع مولى عبد الله بن عمر قال : طلق رجل امرأته ألبتة إن خرجت ، فقال ابن عمر : إن خرجت فقد بانت منه ، وإن لم تخرج فليس بشىء ، فهذا رجل أراد منع زوجته من الخروج فعلق طلاقها على خروجها ، ولما سئل فى هذا عبد الله بن عمر لم يقل : إنه لا يقع الطلاق إذا خرجت، لأنه تعليق للطلاق على وجه اليمين ، بل أفتى بوقوع الطلاق على الحالف إذا وقع المعلق عليه وهو الخروج ، وأنه لا شىء عليه إن لم تخرج .

(١) أعلام الموقعين جـ ٣ صـ ٦٣ وما بعدها .

وما رواه البيهقى فى سننه[١] عن عبد الله بن مسعود فى رجل قال لامرأته : إن فعلت كذا وكذا فهى طالق ففعلته . فقال : هى واحدة ، وهو أحق بها، فهذا عبد الله بن مسعود يفتى بوقوع الطلاق المعلق على وجه اليمين ولم يقل إنه باطل أو أن فيه كفارة يمين .

وما أسند ابن عبد البر عن عائشة رضى الله عنها قالت « كل يمين وإن عظمت ففيها الكفارة إلا العتق والطلاق »[٢] فإن هذا حكم منها بنفوذ العتق والطلاق المعلق عند وجود المعلق عليه ، ولم تعتبر تعلق الطلاق على وجه اليمين موجباً للكفارة كالحلف بالله تعالى بل استثنته من ذلك .

ومن ذلك أيضاً ما رواه ابن حزم فى المحلى عن الحسن أن رجلا تزوج امرأة وأراد سفراً فأخذه أهل امرأته وما زالوا به حتى جعلها طالقا إن لم يبعث بنفقتها إلى شهر ، فجاء الأجل ولم يبعث إليها بشىء ، فلما قدم رفعوا أمره إلى على ليفرق بينه وبين امرأته فلم يفرق بينهما وقال : اضطهدتموه حتى جعلها طالقاً ، فإن علياً لم يحكم بوقوع الطلاق المعلق لأنه رأى الزوج مكرها على الحلف به كما يدل على ذلك قوله « اضطهدتموه حتى جعلها طالقاً » ويتضح من

---

(١) ج ٧ ص ٣٥٦ .

(٢) وقد ذكر ابن تيمية هذا الأثر ولكنه أسقط منه « إلا العتق والطلاق » حتى يكون شاهداً له على رأيه وهو أن الطلاق المعلق على وجه اليمين ليس فيه إلا الكفارة ولكن لم يصح هذا الأثر عن عائشة رضى الله عنها بدون هذا الاستثناء، نص على ذلك الباجى فى المنتقى شرح الموطأ ج ٣ ص ٢٥٢

هذا أنه كان يرى وقوع الطلاق لو لم يكن الزوج مكرهاً ولا مضطهداً [١] .

وما صح عن أبي ذر الغفارى رضى الله تعالى عنه أن امرأته ألحت عليه فى السؤال عن الساعة التى يستجيب الله فيها الدعاء يوم الجمعة فقال لها : زيغ الشمس « يعنى ميلها إلى جهة الغرب » وأشار إليها نحو ذراع ، ثم قال : إن عدت سألتنى فأنت طالق ، فإن هذا الصحابى الجليل قد علق طلاق زوجته على العود إلى سؤاله مرة أخرى . وهو تعليق على وجه اليمين ، ولا شك أنه يرى أن هذا التعليق صحيح وأن زوجته لو خالفت وسألته لوقع الطلاق عليها .

وعن الحسن البصرى فيمن قال لامرأته أنت طالق أن لم أضرب غلامى فأبق الغلام « يعنى هرب » قال : هى امرأته يستمتع بها ويتوارثان حتى يفعل ما قال . فإن مات الغلام قبل أن يفعل ما قال فقد ذهبت منه امرأته [٢] .

وروى البيهقى [٣] عن أبى الزناد عن الفقهاء من أهل المدينة أنهم كانوا يقولون:

---

(١) ومع وضوح دلالة هذا الأثر على أن المانع من وقوع الطلاق فى هذه القصة هو ما ظهر لعلى كرم الله وجهه من أن الرجل كان مكرها على الطلاق نجد ابن حزم يفهم هذه القصة على وجه آخر فيقول . إنه لم يكن هناك إكراه وإنما طالبوه بحق نفقتها فقط ، وإنما أنكر على اليمين فقط ولم ير الطلاق يقع بذلك ، وهذا كما ترى - فهم لا يستقيم مع ما جاء فى هذه القصة من قول على « اضطهدتموه حتى جعلها طالقاً » فإنه صريح فى أن المانع من القضاء بالتفريق بين الرجل وزوجته هو الاكراه وليس اليمين بالطلاق ، وعلى الرغم من عدم الاستقامة هذا الفهم فإن ابن حزم أباح لنفسه أن ينسب القول بعدم وقوع الطلاق المعلق إلى على بن أبى طالب ، ثم تابعه فى ذلك ابن تيمية وابن القيم .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٤ .

(٣) جـ ٧ صـ ٣٥٦ .

أيما رجل قال لامرأته : أنت طـالق أن خرجت حتى الليل فخرجت امرأته قبل الليل بغير علمه طلقت امرأته . . إلى غير ذلك من الآثار التى تدل على أن الصحابة ومن بعدهم كانوا يرون وقوع الطلاق المعلق عند حصول المعلق عليه سواء أ كان على وجه اليمين أم لا ، ولم يخالف أحد منهم فى ذلك فـكان أجماعا منهم على هذا الحـكم .

٣ — أن الطلاق إنما شرع للحاجة ، والحاجة قد تدعو إلى تعليق الطلاق كما تدعو إلى تنجيزه ، فقد يكون من الزوجة بعض الأمور التى لا يرضاها الزوج فيأمرها بتركها ولـكنها تستمر على عنادها ومشاكستها ويكره الرجل طلاقها ويرجو إصلاح حالها فيحتاج إلى تعليق طلاقها على فعل ما يكره أو ترك ما يريده فإما أن تمتنع عما يـكرهه وتفعل ما يحبه فيحصل غرضه وتحسن العشرة بينهمـا ، وأما أن تخالف فتـكون هى الجانية على نفسها والمختارة للفرقة .

هذا أدلة أصحاب القول الأول : أما أصحاب القول الثانى فإنهم استدلوا على قولهم بأن تعليق الطلاق يمين ، واليمين بغير الله تعالى لا تجوز ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله » (١) .

ولـكن يرد على هذا : بأن الطلاق المعلق لا يسمى يميناً لا شرعا ولا لغة : ومن أطلق عليه لفظ اليمين فهو على سبيل المجاز من حيث إنه يفيد ما يفيده اليمين بالله تعال ، وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر (٢) ، وعلى هذا لا يكون الحديث متناولا للطلاق المعلق ، فلا يدل على بطلانه وعدم وقوعه .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢١٢ .

(٢) قال ابن حجر فى فتح البـارى ج ١١ ص ٤٣٣ ، قال ابن دقيق العيد . الحلف بالشىء حقيقة هو القسم به وإدخال بعض حروف القسم عليه كقوله .=

وأما أصحاب القول الثالث فإنهم استدلوا عليه بأن الطلاق المعلق إذا كان المقصود منه الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر كان فى معنى اليمين، فيكون داخلا فى الأيمان الواردة فى قول الله تعالى « قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم » وقوله « ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم » وقول النبى صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » ويكون حكمه حكمها وهو الكفارة فى حالة الحنث وعدم الوفاء بموجبها .

ولكن يرد على هذا الاستدلال بما رددنا به على دليل أصحاب القول الثانى وهو أن الطلاق المعلق لا يسمى يميناً لا شرعا ولا لغة ، وإطلاق اليمين عليه إنما هو على سبيل المجاز ، لمشابهته اليمين الشرعية فى إفادة الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر ، وعلى هذا لا يكون حكمه حكم اليمين الحقيقى ، وهو الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته بل له حكم آخر وهو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه ، فإن لم يحصل المعلق عليه لا يقع الطلاق ، ولا تجب فيه كفارة أصلا

وقد استدل ابن القيم على هذا القول أيضاً : بأن الصحابة قد أفتوا بوقوع الطلاق المعلق فى صور لم يكن التعليق فيها على وجه اليمين ، وأفتوا بعدم الوقوع فى صور كان التعليق فيها على وجه اليمين فيؤخذ بفتواهم فى الموضعين ، ثم ساق من الآثار فى القول بالوقوع أثر عبد الله بن عمر وعبد الله ين مسعود وأبى ذر التى تقدم ذكرها ، وادعى أن التعليق فيها لم يكن على وجه اليمين ، وساق أثراً واحدا

= والله والرحمن وقد يطلق على التعليق بالشىء يمين كقولهم « من حلف بالطلاق » . فالمراد تعليق الطلاق وأطلق عليه الحلف لمشابهته اليمين فى اقتضاء الحث والمنع » .

فى القول بعدم الوقوع وهو ما روى البيهقى عن أبى رافع أن مولاته ليلى بنت العجماء أرادت أن تفرق بينه وبين امرأته ، وكانت مولاة لها أيضاً . فقالت : كل مملوك لها حر وكل مالها فى سبيل الله وعليها المشى إلى بيت الله الحرام ، وهى يهودية وهى نصرانية إن لم تطلق امرأتك . قال فأتيت عائشة وحفصة وأم سلمة وابن عمر وابن عباس فقالوا لها : أتريدين أن تكفرى مثل هاروت وماروت ؟ وأمروها أن تكفر عن يمينها وتخلى بينهما » ثم قال : إن هؤلاء الصحابة قد أفتوها بعدم لزوم العتق الذى علقته على عدم حصول الطلاق بين فتاها وفتاتها فليقس الطلاق المعلق عليه ، وقد سبقه إلى هذا القياس محمد بن حزم الظاهرى ، ولكنه زاد عليه الحكم بلزوم الكفارة (١) .

وفى هذا الاستدلال نظر من وجهين :

الأول : أن الصور التى نقل ابن القيم فيها فتوى الصحابة بوقوع الطلاق المعلق يبدو من سياقها أن التغليق فيها كان المقصود منه اليمين ، وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر ، فأثر عبد الله بن كان المراد منه منع الزوجة من الخروج ، وأثر عبد الله بن مسعود كان المقصود به منع المرأة من إتيان بعض الأمور التى لا يرغب الزوج فيها ، وأثر أبى ذر كان المقصود به منع زوجته من السؤال ، فقول ابن القيم إن التعليق فيها كان بصيغة الشرط والجزاء الذى قصد به الطلاق عند وجود الشرط ، ولم يقصد به الحمل على الفعل أو الترك دعوى لا تتفق مع الظاهر من هذه الصور .

الثانى : أن الأثر الذى ساقه فى القول بعدم وقوع الطلاق المعلق ليس فيه فتوى أولئك الصحابة بعدم وقوع الطلاق المعلق على وجه اليمين الذى كلامه فيه ،

---

(١) أعلام الموقعين ج ٨ ص ٦٣ وما بعدها .

وإنما فيه فتواهم بعدم لزوم العتق والتصدق بالمال والإلزام بالكفارة ، ولهذا لجأ ابن القيم إلى قياس الطلاق المعلق على العتق المعلق فى عدم لزومه ووجوب كفارة اليمين فيه ، ولكن هذا الأثر روى من طرق أخرى جاء فيها أن الصحابة قالوا لليلى بنت العجماء صاحبة القصة : كفرى عن يمينك ، واعتقى جاريتك والأثر بهذه الزيادة رواه الإمام أحمد وقال : إن هذه الزيادة يجب قبولها . وعلى هذه الرواية ينهدم القياس الذى تمسك به ابن القيم تبعاً لابن حزم لانعدام أهم أركانه وهو المقيس عليه ، فإنهم أفتوها بلزوم العتق المعلق ، ولم يفتوها بعدم لزومه حتى يقاس الطلاق المعلق عليه فى عدم اللزوم .

ومما تقدم يتبين بجلاء أن القول بوقوع الطلاق المعلق عند حصول المعلق عليه سواء أكان على وجه اليمين أم لا هو القول الصحيح الذى تشهد له نصوص الكتاب الكريم وعليه إجماع الصحابة ومن بعدهم من المجتهدين الذين يعتد برأيهم فى الدين .

وقد كان العمل فى المحاكم يجرى على هذا القول إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص فى المادة الثانية منه على أنه « لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شىء أو تركه لا غير » وتناولت المذكرة الإيضاحية شرح هذه المادة فقالت : إن الطلاق ينقسم إلى منجز . وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً وإلى مضاف كأنت طالق غداً وإلى يمين نحو علىّ الطلاق لا أفعل كذا . وإلى معلق كإن فعلت كذا فأنت طالق . والمعلق إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل شىء أو تركه ، وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان فى معنى اليمين بالطلاق ، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن فى معنى اليمين ، واليمين

فى الطلاق وما فى معناه لاغ ، أما باقى الأقسام فيقع فيها الطلاق ، وعلى هذا صار المعمول به قانوناً :

١ — أن الطلاق المنجز ، وهو ما خلت صيغته عن التعليق والإضافة يقع به الطلاق فى الحال .

٢ — أن الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل ، كقول الرجل لزوجته أنت طالق غداً أو أول الشهر القادم يقع به الطلاق عند حلول الزمن الذى أضيف إليه .

٣ — أن الحلف بالطلاق ، وهو ما قصد به تقوية العزم على فعل شىء أو تركه أو تصديق الحالف بالطلاق فى إخباره عن شىء فعله أو لم يفعله يعتبر لغواً لا يقع به شىء . ومثاله أن يقول الرجل : على الطلاق لأسافرن غداً أو لا أشرب الدخان(١) .

٤ — أن الطلاق المعلق إن كان لا يقصد به التخويف أو الحمل على فعل شىء أو تركه وإنما يقصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه يقع به الطلاق عند حصول ما علق عليه معاملة للمطلق بقصده ، كأن يقول الرجل لزوجته : إن ولدت أنثى فأنت طالق أو إن مرضت بالجذام أو السل فأنت طالق ، أو إن أبرأتنى من مؤخر الصداق ونفقة العدة فأنت طالق وما أشبه ذلك من الصور التى لا يراد بالتعليق فيها التخويف ولا الحمل على فعل شىء أو تركه .

أما إن كان يقصد بالتعليق التخويف أو الحمل على فعل شىء أو تركه كأن يقول الرجل لزوجته : إن سافرت إلى الإسكندرية فأنت طالق أو إن ذهبت

(١) يلاحظ هنا أن القانون لم يجعل الطلاق فى هذه الصور من قبيل الطلاق المعلق وإنما جعله من قبيل اليمين أو الحلف بالطلاق وهو فى الحقيقة نوع من الطلاق المعلق وهو المعلق فى المعنى كما تقدم فيكون حكمه كحكمه .

إلى منزل فلان فأنت طالق ، أو إن لم تعتن بتنسيق المنزل ونظافته ورعاية الأولاد فأنت طالق فإن وقوع الطلاق يتبع غرض المتكلم به وقصده . فإن كان يقصد مجرد التخويف أو الحمل على فعل المعلق عليه أو تركه ،ولا يقصد حصول الطلاق لو حصل المعلق عليه كان فى معنى اليمين بالطلاق فلا يقع به شىء ، وإن كان يقصد به الحمل على فعل المعلق عليه أو تركه ووقوع الطلاق لو حصل المعلق عليه ، لأنه لا يريد البقاء مع زوجته عند حصوله لم يكن فى معنى اليمين فيقع الطلاق عند حصول المعلق عليه .

ومن هـذا يتبين أن تطبيق هـذه المـادة يرجع إلى غرض الزوج وقصده ، وتفسير هذا القصد يرجع فيه إليه إن لم تـكن هنـاك قرينة حال تدل على هـذا القصد ، كمن يقول لزوجته : إن ولدت أنثى فأنت طالق ، فإن قصد الطلاق فى هذه الحالة واضح بشهادة الحـال من غير حاجة إلى تفسير ، فإن لم تـكن هنـاك قرائن توضح غرض الزوج وتدل عليه وحصل اختلاف بين الزوجين فى غرض الزوج وقصده ، فادعت الزوجة أنه قصد وقوع الطلاق لو حصل المعلق عليه ، وأنـكر الزوج ذلك وقال إنه قصد مجرد الحمل على فعل المعلق عليه أو تركه فالقول فى هـذا قول الزوج مع يمينه ، فإن حلف اليمين على أنه لم يقصد الطلاق وإنمـا قصد التخويف أو الحمل على الفعل أو المنع منه فلا يقع الطلاق ، وإن امتنع عن اليمين وقع الطلاق ، لأن الامتناع عن اليمين إقرار بدعوى الزوجة .

وإذا لاحظنـا أقوال العلمـاء فى وقوع الطلاق المعلق وعدم وقوعه التى سبق بيانها تبين أن واضعى هذه المادة اعتمدوا فى تحريرها على مذهب الظاهرية وقول ابن تيمية وابن القيم (١) ، ويؤخذ من المذكرة الإيضاحية للقانون أن الداعى إلى

(١) أما ما جاء فى المذكرة الإيضاحية من أن هذه المادة مأخوذة من رأى على =

هـذا التعديل هو العمل على تضييق دائرة الطلاق الذى يهدد المرأة المسلمة على الدوام وتلافى الاضطراب الذى يسود الأسرة التى يعتاد ربها الحلف بالطلاق .

ولا ريب فى أن تضييق دائرة الطلاق وتلافى الاضطراب الذى يسود الأسرة أمر مطلوب والعمل على تحقيقه واجب إلا أن الوصول إلى ذلك لا يكون بإلغاء نوع من الطلاق بناء على الأقوال الشاذة التى لا تتفق مع النصوص الشرعية والتى تخالف ما أجمع عليه المجتهدون قبل وجود أصحاب هذه الأقوال ، وإنما يكون بالعمل على منع الناس من الالتجاء إلى الطلاق والحلف به من غير أن تكون هناك

= ابن أبى طالب وشريح وعطاء وطاووس فهو غير صحيح . لأن من يرجع إلى الآثار التى صحت عن هؤلاء وغيرهم من الصحابة والتابعين يجدهم متفقين على القول بوقوع الطلاق المعلق ولو كان على وجه اليمين ، وكل ما نقل عن بعضهم مما يخالف ذلك فإما أن يكون مكذوبا عليهم أو لم يحسن فهمه من نسب هذا القول إليهم ، ويبدو أن واضعى المذكرة قد اعتمدوا فى ذلك على ما نسبه ابن تيمية وابن القيم إلى هؤلاء وهما لا يصح الاعتماد على نقلهما فى مثل هذه المسألة التى يكون لهما فيها رأى انفردا به من بين سائر الأئمة ، فإن من يقرأ مؤلفات هذين العالمين وينعم النظر فيما اشتملت عليه من الأقوال يجدهما ينسبان اراءهما التى انفردا بها إلى كبار الأئمة وبعض أتباعهما ليقويا بذلك رأيهما وليظهرا أمام الناس بأنهما لم يبتدعا هذا القول وإنما هو قول لبعض السلف فيروج بذلك رأيهما ويقبل الناس على العمل به . جاء فى كتاب رفع الإغلاق للعلامة المغفور له الشيخ محمد بخيت « وابن تيمية لم يكن مجتهدا مطلقا ولا ادعى ذلك الاجتهاد وإنما كان إماما من أئمة الحنابلة تابعا لإمامه الإمام أحمد بن حنبل ، وقد خالف إمامه فى كثير من المسائل وقد كان يخطىء كثيرا فى نقل الأحكام الشرعية ، وقد ذكر بعض الأخطاء التى وقعت منه نقلا عن تقى الدين السبكى لا نرى داعيا إلى ذكرها ومن أراد معرفتها فليرجع إليها فى هذا الكتاب

حاجة أو ضرورة تدعو إليه ، وذلك بنشر الثقافة والتربية الدينية بين أفراد الأمة وتقوية الناحية الخلقية فيهم وإفهام الناس أن الشريعة تكره الطلاق وتحرم العبث به وتنهى عن الإساءة فى استعماله ، وأنها لا تبيح الطلاق إلا إذا تعذرت العشرة بين الزوجين أو تعسرت ، وفرض العقوبات التى تكفل صيانة حق الطلاق من العبث به والإساءة فى استعماله فمن النـاس من لا يمتنع عن ارتكاب المعصية إلا إذا رأى العقاب ماثلا أمام عينيه ، وقد أثبت الواقع فى هذا العصر أن هـذا الصنف من الناس كثير .

ومما يدعو إلى العجب أن نجد المشرع الوضعى يعنى بحماية الأموال والأشخاص والأنظمة من الاعتداء عليها فيضع العقوبات التى تكفل صيانتها من الاعتداء عليها والعبث بها بينما لا تجد رابطة الزوجية منه هذه العناية التى تستلزمها ضرورة الحياة ، وهو أمر نلفت أنظار من بيدهم الأمر إلى تداركه ، ليستقيم حال الأسرة وتحفظ من الاضطراب وتصان من الانحلال والله هو الموفق والهادى إلى سواء السبيل .

وكنـا نرجو من لجنة الأحوال الشخصية أن تعود بالأمة إلى العمل بمذهب الجمهور وتترك الأراء الضعيفة الشاذة ولكنها لم تحقق هذا الرجاء ، ولم يكفها أن تبقى الحكم كما جاء فى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ فألغت الطلاق غير المنجز بجميع أنواعه من طلاق مضاف ، ومعلق ويمين أخذا بمذهب أهل الظاهر ، فجاء فى المادة (١٠٧) من مشروع القانون الذى وضعته ما يأتى :

ا — لا يقع الطلاق إلا إذا كان منجزا ، ولم يكن يمينا .

ب — ويعتبر من قبل التنجيز الطلاق على مال إن أخذ صورة التعليق على القبول أو على عمل فى المجلس ، وكذلك إذا كان المعلق عليه أمرا واقعا متعلقا بالمال كقوله : إن صحت براءتك .

الفصل السادس

التوكيل في الطلاق والتفويض فيه

لما كان الطلاق من التصرفات التى يملكها الزوج كان له أن يتولاه بنفسه وأن ينيب عنه غيره فيه سواء أكان هذا الغير هو الزوجة التى يريد طلاقها أم شخصاً آخر .

فإذا أناب الزوج عنه شخصاً آخر غير الزوجة سمى هذا توكيلا عند الحنفية وإذا أناب الزوجة فى طلاق نفسها منه سمى هذا تفويضاً ، وكذلك لو علق الطلاق على مشيئة شخص أجنبى عند أبى حنيفة وصاحبيه[1] كما إذا قال لشخص آخر طلق زوجتى إن شئت ، لأنه إذا علق الطلاق على مشيئته فقد فوض إليه أمره فإن شاء طلق وإن شاء لم يطلق فلم تكن الإنابة توكيلا خالصاً بل تمليكا للطلاق إن شاءه .

فالتوكيل فى الطلاق على هذا هو : أن ينيب الزوج عنه شخصاً آخر فى طلاق

---

(١) وقال زفر : أن هذه الإنابة لا تكون تفويضا بل توكيلا كما لو قال له : طلق زوجتى ، ولم يقيده ، بمشيئته وهو قول الشافعى لأن التقييد بالمشيئة والسكوت عنه على حد سواء لأن الطلاق إذا صدركان صدوره عن مشيئته ولا محالة لكونه مختاراً فى التطليق غير مجبر عليه ، وهوكلام واضح وسديد ، ولكن جمهور الحنفية يفرقون بين إنابة الأجنبى المطلقة عن المشيئة والمقيدة بها بأن الأجنبى فى الإنابة المطلقة يتصرف برأى الغير وتدبيره ومشيئته فكان توكيلا لا تمليكا ، إذ الوكيل هو من يتصرف برأى غيره وتدبيره ومشيئته .أما فى الإنابة المقيدة فإنه يتصرف عن رأى نفسه وتدبير نفسه ومشيئته ، فيكون تمليكا لا توكيلا ، لأن المالك هو من يتصرف عن رأيه وتدبيره ومشيئته » بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٢٢ ، ١٢٣

زوجته ، بأن يقول له : وكلتك فى طلاق زوجتى ، فإذا قبل ذلك الشخص الوكالة ثم قال لزوجة موكله : أنت طالق ، أو طلقت زوجة موكلى وقع الطلاق .

وحكمه أن الوكيل يعمل برأى الموكل ويتصرف تبعاً لمشيئته فليس له أن يتجاوز ما وكل به ، فإن تجاوزه لم ينفذ تصرفه إلا إذا أجازه الموكل .

وللوكيل أن يطلق فى مجلس التوكيل وأن يطلق بعده مادام الموكل لم يقيده بزمن أو مكان معين ، وللموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء فإذا عزله فليس له أن يطلق .

وقد نص الحنفية على أن الوكيل فى الطلاق سفير ومعبر عن الموكل فلا ترجع إليه الحقوق المترتبة على الطلاق كدفع مؤخر الصداق أو المتعة أو نفقة العدة وإنما ترجع إلى الموكل وهو الزوج .

أما التفويض فهو أن يملك الزوج زوجته تطليق نفسها منه أو يملك غيره تطليق امرأته تمليكا معلقا على مشيئته ، بأن يقول له : طلق زوجتى إن شئت .

وتفويض الطلاق إلى المرأة يكون بواحد من أمور ثلاثة.

١ — التخيير . كأن يقول لها اختارى نفسك .

٢ — الأمر باليد . كأن يقول لها: أمرك بيدك ينوى بذلك تفويض أمر الطلاق إليها،

---

(١) ويرى المالكية أن الموكل لا يملك عزل الوكيل فى طلاق زوجته إذا تعلق حقها بتلك الوكالة ، كما إذا قال الرجل لزوجته : إن تزوجت عليك فقد وكلتك فى طلاق نفسك أو إن تزوجت عليك فأمرك بيدك أو فأمر من أتزوجها عليك بيدك ففى هذه الحالة لا يكون للموكل وهو الزوج حق العزل قبل إيقاع الطلاق لأن دفع الضرر عنها حق لها وقد تعلق بذلك التوكيل فلا يملك إنهاءه « الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقى ح ٢ ص ٤٠٦ »

٣ — قول الرجل لزوجته ، طلقى نفسك .

فإذا قال الرجل لزوجته اختارى نفسك أو طلقى نفسك أو أمرك بيدك ناويا تفويض الطلاق إليها فقد ملكها حق إيقاع الطلاق فيكون لها الخيار بين إيقاع الطلاق الذى فوضه إليها وبين عدم إيقاعه ، فإن اختارت إيقاعه بأن قالت إنها طالق أو طلقت نفسى أو اخترت نفسى وقع الطلاق ، وإن لم تختر إيقاع الطلاق لايقع .

وإذا فوض الزوج الطلاق إلى زوجته أو غيرها فليس له أن يرجع قبل اختيارها أو اختيار ذلك الغير ، فلو قال الرجل لزوجته اختارى نفسك وقصد بذلك تفويض الطلاق إليها وقبل أن تختار شيئا قال : رجعت فى الحق الذى أعطيته لك لايصح رجوعه وتظل المرأة مالكة لحق التطليق ، لأن التفويض تعليق للطلاق من جانب الزوج على مشيئة الزوجة أو غيرها ، والتعليق عند الحنفية يمين ، والأيمان بعد صدورها لايمكن الرجوع فيها .

والتفويض قد يكون مطلقا عن التقييد بزمن معين . كأن يقول الرجل لزوجته : اختارى نفسك أو طلقى نفسك ، وقد يكون مقيداً بزمن معين ، كأن يقول لها اختارى نفسك أو أمرك بيدك مدة شهر ، وقد يكون مشتملا على مايدل على التعميم فى جميع الأزمان ، كأن يقول لها اختارى نفسك أو أمرك بيدك متى شئت أو فى أى وقت شئت .

فإن كان التفويض مطلقا عن التقييد بزمن ثبت حق الطلاق لمن فوض إليه مادام المجلس باقياً ، فإن تغير المجلس أو ظهر مايدل على الإعراض عن موضوع التفويض سقط هذا الحق ، لأن الصحابة رضى الله عنهم جعلوا للمخيرة الخيار مادامت فى مجلسها فإذا قامت منه بطل خيارها ولم يكن لها أن تطلق نفسها ولأن التفويض تمليك للطلاق من الغير ، والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع

وإن كان التفويض مقيداً بزمن معين ثبت حق الطلاق لمن فوض إليه إلى نهاية ذلك الزمن فإذا انتهى بطل هذا الحق ، فلو فوض الرجل الطلاق لزوجته مدة شهر وكانت غائبة ولم تعلم بالتفويض إلا بعد مضى ذلك الشهر سقط حقها فى الطلاق ، لأنه مقيد بمدة وقد انتهت فلا تملكه بعد فوات زمنه .

وإن كان التفويض مشتملا على مايدل على التعميم فى جميع الأزمان كان لمن فوض إليه الطلاق أن يوقعه فى أى وقت أراد . فلو قال الرجل لزوجته طلقى نفسك متى شئت كان لها أن تطلق نفسها فى أى وقت تشاء فإذا طلقت نفسها مرة انتهى التفويض إلا إذا كان فى عبارة التفويض مايدل على التكرار ككلمة « كلما » فلو قال لها طلقى نفسك كلما شئت كان لها أن تطلق نفسها أكثر من مرة إلى ثلاث .

غير أنه ينبغى أن يلاحظ أن المرأة إذا كان لها الحق فى أن تطلق أكثر من مرة لا تملك إيقاع الثلاث دفعة واحدة ، لأن الرجل على ماهو المعمول به الآن لا يملك ذلك ، والمرأة فى التفويض نائبة عنه فى تطليق نفسها فلا تملك إلا مايملكه .

وقت التفويض .

تفويض الطلاق إلى الزوجة أو غيرها يصح عند الحنفية أن يكون مقارنا لإنشاء العقد كما يصح أن يكون بعد العقد وفى أثناء قيام الزوجية .

وصورة التفويض المقارن لإنشاء العقد أن تقول المرأة للرجل : تزوجتك على أن يكون أمر الطلاق بيدى أطلق نفسى متى شئت أو كلما شئت ويقبل الرجل ذلك .

وقد اشترط الحنفية لصحة التفويض المقارن للعقد أن يكون الإيجاب صادراً من الزوجة أو وكيلها كالمثال المذكور ، وعلى هذا لو بدأ الرجل بالإيجاب مع اشتراط التفويض للمرأة كما إذا قال لها مثلا : تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت وقبلت المرأة ذلك فإن الزواج يتم ولا يصح التفويض ، لأن

الزوج فى هذه الحالة قد ملكها تطليق نفسها قبل أن يتم عقد الزواج والزوج قبل تمام عقد الزواج لا يملك الطلاق ، ولا يصح أن يملك الشخص غيره شيئاً لا يملكه هو . أما إذا صدر الإيجاب من المرأة أولا فإنها تكون قد اشترطت مع الإيجاب تمليكها الطلاق ، وهذا التمليك لا يحصل إلا بالقبول من الرجل فيكون تمليكا للطلاق بعد تمام العقد بالإيجاب والقبول .

وبناء على ماتقدم من حكم التفويض إذا كان مطلقاً عن التقييد بزمن معين لو صدر التفويض حين العقد بصيغة مطلقة كأن تقول له تزوجتك على أن يكون أمر طلاقى بيدى فيقول : قبلت تقيد ملكها الطلاق بمجلس إنشاء العقد فإذا انتهى مجلس العقد لم يكن لها الحق فى طلاق نفسها بعد ذلك ، غير أن بعض بعض المحاكم جرى على أن التفويض المطلق إذا كان عند إنشاء العقد لا يتقيد بالمجلس وللزوجة أن تطلق نفسها متى شاءت ، كما إذا ذكر فى التفويض كلمة تفيد التعميم ، لأنها ما تزوجت لتطلق نفسها فى الحال بل لتملك ذلك فى المآل والألفاظ تفسر بحسب أغراضها ومراميها وما يحتف بها من القرائن والأحوال وهو رأى وجيه وسديد . .

التفويض لا يسلب الزوج حقه فى إيقاع الطلاق

التفويض وإن كان من قبيل التمليكات عند الحنفية إلا أنه لا يقتضى سلب الزوج حقه فى إيقاع الطلاق كما هو الشأن فى التمليكات . فللزوج بعد أن يفوض الطلاق إلى زوجته أن يوقع عليها الطلاق ، فهو من هذه الناحية يشبه التوكيل فكما أن من يوكل غيره فى تصرف ما يبقى له الحق فى مباشرة هذا التصرف بنفسه كذلك من يفوض غيره فى إيقاع الطلاق يبقى له الحق فى إيقاعه بنفسه .

الفرق بين التفويض والتوكيل :

تفويض الطلاق وإن كان يتفق مع التوكيل عند الحنفية فى أن كلا منهما لا يسلب الزوج حقه فى إيقاع الطلاق إلا أنهم يفرقون بينهما من وجوه :

١ — أن التفويض بعد صدوره لا يملك الزوج الرجوع عنه ، أما التوكيل فإن الزوج يملك الرجوع عنه ما دام الوكيل لم ينفذ ما وكل به .

٢ — فى التفويض يعمل المفوض إليه بمشيئة نفسه وعلى حسب ما يختار ، لأن الزوج قد أضاف أمر الطلاق إلى مشيئة من فوضه وإرادته فهو بهذا الاعتبار يكون قد ملكه هذا الحق يستخدمه حيث يريد .

أما التوكيل فإن الوكيل يعمل بمشيئة غيره وهو الموكل وعلى حسب هذه المشيئة ، لأن الفعل مطلوب منه مادام لم يعزل نفسه من الوكالة ، ولا يعتبر ممتثلا إلا إذا نفذ ماوكل به على حسب رغبة الموكل وإرادته ، فهو بهذا الاعتبار لا يكون تمليكا بل إنابة فقط .

٣ — أن التفويض إذا كان مطلقاً تقيد بالمجلس إلا إذا كان مقارناً لإنشاء العقد فإن حق الطلاق لا يتقيد بالمجلس بل يثبت فى جميع الأوقات على ما جرى عليه بعض المحاكم كما تقدم ، أما التوكيل فإنه لا يتقيد بالمجلس فللوكيل بالطلاق أن يطلق فى مجلس التوكيل وأن يطلق بعده متى كانت الوكالة مطلقة .

٤ — أن التفويض لا يبطل بجنون الزوج لأنه فى معنى التعليق ، والتعليق لا يبطل بجنون الزوج بعد صدوره ، أما التوكيل فإنه يبطل بجنون الزوج لأن الجنون يخرجه عن الأهلية وخروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية يبطل الوكالة .

نوع الطلاق الواقع بالتفويض :

يرى فقهاء الحنفية أن الطلاق الواقع بالتفويض تارة يكون طلاقا بائنا وتارة يكون طلاقا رجعياً وذلك تبعاً للفظ الذى يكون به التفويض، فإن كان التفويض بلفظ الاختيار أو الأمر باليد كان الطلاق بائناً ، فلو قال الرجل لزوجته : اختارى أو أمرك بيدك ، قاصداً تفويض الطلاق إليها ، فقالت : اخترت نفسى أو طلقت نفسى وقع الطلاق وكان بائنا ، لأن المرأة لا يتم لها اختيار نفسها ولا يكون أمرها بيدها إلا بالطلاق البائن .

وإن كان التفويض بصريح الطلاق كان الطلاق رجعيا . فلو قال الرجل لزوجته : طلقى نفسك ، فقالت : طلقت نفسى الواقع الطلاق وكان رجعيا[١].

والذى يجرى عليه عمل المحاكم الآن أن الطلاق الواقع بالتفويض يعتبر كله طلاقاً رجعياً إلا إذا كان قبل الدخول أو فى مقابلة مال أو مكملا للثلاث ، كما هو مقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

الفصل السابع

الخلع

قدمنا أن الطلاق حق للزوج وليس حقاً للزوجة ، ولما كانت الزوجة قد تبغض زوجها ولا تريد معاشرته وتود الخلاص منه ويأبى الزوج أن يطلق سراحها لرغبته فيها أو لحرصه على ما أنفق من مال فى سبيل الزواج منها شرع لها الإسلام طريقاً

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٢ صـ ٤٨٧ — ٤٩٨

للخلاص من رابطة الزواج ليخلصها من هذا الحرج ويدفع عنها الضرر ، وهو أن تقدم لزوجها شيئاً من المال تفتدى به نفسها وتتخلص به من رابطة الزوجية ، وتعوض على زوجها ما أنفقه فى سبيل الزواج بها وهذا هو ما يسمى فى الفقه باسم «الخُلع» وهو المذكور فى قول الله تعالى «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » (١) ، وسنعرض فيما يلى لبيان معنى الخلع ، وما يتحقق به ، وصفته أو طبيعته ، وبدله ، وحكمه وأثره ، والفرق بينه وبين الطلاق على مال ، وخلع الزوجة التى ليست أهلا للتبرع .

معنى الخلع :

الخلع فى اللغة معناه النزع والإزالة ، يقال خلع فلان ثوبه خَلعاً وخُلعاً إذا نزعه وأزاله عنه ، وخلع فلان زوجته خلعاً وخلعاً إذا أزال زوجيتها إلا أن العرف خص استعمال الخلع « بضم الخاء » فى إزالة الزوجية ، واستعمال الخلع « بفتح الخاء » فى إزالة غير الزوجية .

أما فى الفقه فقد عرفه الحنفية بأنه : حل رابطة الزوجية بلفظ الخلع أو ما فى معناه فى نظير عوض من الزوجة .

ومن هذا التعريف يتبين أن الخلع الذى تترتب عليه الأحكام الخاصة — وهى التى سيأتى بيانها — لا يتحقق إلا إذا توافرت الأمور الآتية :

١ — أن تكون الفرقة بلفظ الخلع أو ما يدل على معناه كالإبراء والافتداء

---

(١) آية ٢١٩ من سورة البقرة

كأن يقول الرجل لزوجته : خالعتك على خمسين جنيهاً أو على مؤخر الصداق أو نفقة العدة أو يقول : بارأتك على كذا أوافتدى نفسك بكذا ، وتقبل الزوجة ذلك.

أما إذا كانت الفرقة بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية فلا تسمى خلعاً ولا يترتب عليها أحكامه ولو كانت فى نظير عوض من الزوجة وإنما تسمى طلاقا على مال (١) .

والسر فى ذلك : أن الخلع عند أبى حنيفة — وهو المعتمد فى المذهب — له أحكام خاصة تغاير أحكام الطلاق على مال كما سيجىء ، فكان التمييز بينهما فى الصيغة أمراً ضروريا حتى لا يحصل الالتباس . وعلى هذا لوقال الرجل لزوجته : طلقتك على مائة جنيه أو على مؤخر الصداق و نفقة العدة وقبلت الزوجة ذلك كان طلاقاً على مال ولا يكون خلعاً تترتب عليه أحكامه الخاصة .

٢ — أن تكون الفرقة فى مقابلة عوض من جهة لزوجة لأنها هى التى تبغى الخلاص من الزوجية التى لم تتحقق لها الغاية منها فكان عليها أن تبذل لزوجها مالا تعوض به ما يفوته بفراقها وماسيتحمله من نفقات فى سبيل إنشاء زوجية جديدة.

أما إذا كانت الفرقة بدون عوض فإنها لاتكون خلعاًعند الحنفية (٢) ولو كانت

---

(١) وقال الشافعية : إن الفرقة بين الزوجين إذا كانت فى مقابلة مال من الزوجة فإنها تسمى خلعا سواء كانت بلفظ الخلع وما فى معناه أم كانت بلفظ الطلاق فلافرق عندهم بين الخلع والطلاق على مال فهما اسمان لشىء واحد وهو الفرقة فى مقابلة مال تعطيه الزوجة لزوجها ولهذا كان معنى الخلع عند الشافعية هو الفرقة بعوض بلفظ الخلع أو الطلاق « نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٦٨ وما بعدها »

(٢) ويوافق الحنفية فى هذا الشافعية ، فالخلع عندهم لابد فيه من العوض فإذا لم يكن هناك عوض لا يسمى خلعا بل طلاقا إلا أن الطلاق الذى يقع به يكون طلاقا رجعياً خلافا للحنفية . أما المالكية فلا يشترطون فى الخلع أن يكون هناك عوض=

بلفظ الخلع أو مافى معناه ، بل تـكون طلاقاً بلفظ من كنايات الطلاق ، ويقع به طلاق بائن عندهم إذا نوى به الطلاق أو دلت عليه قرائن الأحوال ، كما لو قال لها : أنت بائن أو اذهبى إلى أهلك ، ويقع به طلاق رجعى على ماعليه العمل الآن إن نوى به الطلاق ، فإن لم ينو الطلاق لايقع شىء .

وعلى هذا لو قال الزوج لزوجته : خلعتك أو بارأتك ، ولم يذكر مالا ونوى به الطلاق وقع الطلاق، وكان طلاقاً بائناً عند الحنفية ، ولا يتوقع على قبول المرأة، ووقع به طلاق رجعى على مايجرى عليه العمل ، وكذلك لو قال لها : خالعتك ، فإنه يقع به الطـلاق إذا نواه من غير توقف على قبول المرأة ، لأنه لا فرق فى وقوع الطلاق بين خلعتـك وخالعتك فـكلاهما يقع به الطلاق متى قصـد الزوج إيقاع الطلاق أو كان هناك مايدل على إرادته ، ولا يتوقف وقوع الطلاق على قبول الزوجة (١) .

٣ — رضا كل من الزوج والزوجة . لأن لـكل منهما شأناً فى الخلع ، إذ به تسقط الحقوق التى كانت للزوج فلا بد من رضاه ، وبه يلزم الزوجـة العوض المتفق عليه فلابد من رضاها ، فهو كالعقد من هذه الناحية ، وليس إسقاطاً محضاً حتى ينفرد الزوج به ، فإذا قال الزوج لزوجته : خالعتك فى نظير مائة جنيه مثلا ولم تقبل لايقع الطلاق ، ولو قالت له : اختلعت نفسى منك بـكذا ولم يقبل الزوج لايقع الطلاق لعدم رضاه .

= بل يقرلون إن الفرقة بين الزوجين إذا كانت بلفظ الخلع أو مافى معناه كالمبارأة والمفاداة والصلح فإنها تسمى خلعا ولوكانت بدون عوض ، ويقع به عندهم فى الحالين طلاق بائن « الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٣٤٧ »

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٢٢٣ ، وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٧٣ ،

صفة الخلع أو طبيعته :

إذا اتفق الزوجان على الفرقة فى مقابل مقدار معين من المال تعطيه الزوجة لزوجها وطلقها بناء على ذلك فإن هـذا يعتبر يميناً من جانب الزوج ، لأنه علق طلاقها على قبول المال ، والتعليق يسمى يميناً فى اصطلاح الفقهاء ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة ، لأنها التزمت بالمال فى مقابل افتداء نفسها وخلاصها من الزوج لـكنها ليست معاوضة محضة بل فيها شبه بالتبرعات لأن المعاوضة المحضة تـكون إذا كان كل من العوضين مالا أو فى حـكمه ، وما يثبت للزوجة نتيجة للخلع وهو افتداء نفسها وخلاصها من الزوج لايعد مالا شرعاً فلا يكون الخلع فى حقها معاوضة محضة ، وهذا عند أبى حنيفة (١) وهو الراجح فى المذهب . وقد انبنى على اعتبار الخلع يميناً من جانب الزوج الأحكام الآتية .

١ — أن الزوج إذا ابتدأ بالخلع بأن قال . خالعتك فى نظير كذا ثم أراد أن يرجع عن الخلع قبل قبول الزوجة لم يملك ذلك ، لأن التعليق لايجوز الرجوع فيه .

٢ — أن الزوج لو قام من المجلس الذى أوجب فيه الخلع قبل الزوجة لا يبطل إيجابه بهـذا القيام ، فلو قبلت الزوجة الخلع بعد قيامه كان قبولها صحيحاً ووقع الطلاق ، لأن القيام فى المجلس يتعبر رجوعاً عن الإيجاب دلالة ، وإذا كان الزوج لا يملك الرجوع عن الإيجاب صراحة فأولى ألا يملك الرجوع عنه دلالة .

٣ — لايصح للزوج أن يشترط لنفسه الخيار لمـدة معلومة ، لأن الزوج

---

(١) وقال الصاحبان : إن الخلع يعتبر يميناً من جانب الزوجين جميعاً ، ولا يعتبر معاوضة من جانب الزوجة كما هو رأى أبى حنيفة .

لايملك الرجوع عن الخلع لما بيناه ، واشتراط الخيار يجعل له الحق فى الرجوع عنه فى مدة الخيار ، وهذا يخالف مقتضى التصرف الذى صدر منه ، والشرط إذا خالف مقتضى الصرف لايكون صحيحاً ، فإذا اشترط كان شرطاً باطلا ، لكن لايبطل الخلع به ، لأن الخلع لايبطل بالشروط الفاسدة ، فلو خالع الرجل زوجته على أن له الخيار ثلاثة أيام مثلا وقبلت الزوجة وقع الطلاق فى الحال ولزمها المال المتفق عليه .

٤ — يجوز للزوج أن يعلق الخلع على حصول أمر فى المستقبل وأن يضيفه إلى زمن مستقبل ، كأن يقول لها : إن كلمت فلاناً فقد خالعتك على كذا . أو خالعتك على كذا أول الشهر القادم ، فإن قبلت الزوجة عند وجود الشرط المعلق عليه أو عند حلول الوقت المضاف إليه وقع الطلاق ولزمها المال ، وترتبت على الخلع آثاره الخاصة التى سيأتى بيانها .

وينبنى على اعتبار الخلع من جانب الزوجة معاوضة لها شبه بالتبرعات الأحكام الآتية :

١ — أن الزوجة لو ابتدأت بالخلع بأن قالت : اختلعت نفسى منك بكذا كان لها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوج ، لأن الإيجاب فى المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول من الطرف الآخر .

٢ — أن الزوجة لو كانت حاضرة فى المجلس فلابد من قبولها فيه ، وإن كانت غائبة عنه فلابد من قبولها فى المجلس الذى تعلم فيه بالخلع ، فإن قامت من المجلس بعد ماسمعت كلمة المخالعة من الزوج أو بعد ماعلمت بذلك بطل الإيجاب ، فلو قبلت بعد ذلك لايقع الطلاق ، لأن المعاوضات المالية تبطل إذا تفرق المتعاقدان بعد الإيجاب وقبل القبول .

٣ — يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار فى مدة معلومة يكون لها فيها الحق فى القبول أو الرد ، فإذا قالت الزوجة لزوجها : خالعتك على خمسين جنيهاً على أن لى الخيار ثلاثة أيام وقبل الزوج ذلك صح هذا الشرط ، وكان لها فى أثناء المدة أن تقبل الطلاق على هذا المال وألا تقبل ، فإن قبلت وقع الطلاق ولزمها المال ، لأن الخلع من جانبها معاوضة والمعاوضات يصح فيها اشتراط الخيار[1] .

٤ — لا يصح للزوجة أن تعلق الخلع ولا أن تضيفه إلى زمن مستقبل ، لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك ، والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة .

٥ — أن بدل الخلع لا يلزم الزوجة إلا إذا كانت أهلا للتبرع ، بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة ، لأن الخلع وإن اعتبر معاوضة من جانب الزوجة إلا أن فيه شبهاً بالتبرعات ، كما بينا ، فإذا لم تكن أهلا للتبرع لا يلزمها المال .

بدل الخلع :

بدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها فى مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه ، والكلام عليه فى موضعين :

« الأول » حكم أخذ البدل فى مقابل الخلع أو الطلاق .

« الثانى » ما يكون بدلا فى الخلع .

حكم أخذ البدل فى مقابل الخلع أو الطلاق :

الخلع — كما قدمنا — إنما شرع ليكون وسيلة الخلاص الزوجة من رابطة

---

(١) وقال الصاحبان : لا يصح اشتراط الخيار للزوجة أيضا ، لأن الخلع يمين بالنظر إلى الزوجين جميعاً وليس معاوضة من جانب الزوجة ، لكن لو اشترط لا يبطل الخلع به وإنما يلغو الشرط ويصح الخلع .

الزوجية عندما يتحقق لهـا فوات الغرض المقصود من الزواج ، وأن بقـاءها مع زوجها قد يوقعها فيما لا يرضى الله ، ويأبى الزوج أن يطلق سراحها ويمسكها وهى كارهة للبقاء معه دون إيذاء منه لها وإضرار بهـا فإذا كان الحـال كذلك جاز للزوج أن يأخذ من الزوجة مالا فى نظير طلاقها وخلاصهـا منه ، ولا إثم عليه فى ذلك ، غير أن هذا المال إن كان لا يزيد على ما أعطاه لها حل للزوج أن يأخذه من غير خلاف بين الفقهاء فى ذلك وإن كان أكثر مما أعطـاه لهـا لم يجز له أخذ الزيادة عند بعض العلماء ، فإن أخذها وجب عليه ردها إلى المرأة ، وذلك لما روى أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ما أعتب على ثابت فى خلق ولا دين ولـكن لا أطيقه بغضاً وأكره الـكفر فى الإسلام ، وكان ثابت قد أصدقها حديقة فقال لهـا النبى صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم . فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابتاً أن يأخذمنها ما ساق إليها ويطلقها ولا يزداد ، وفى بعض الروايات أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لزوجة ثابت : أتردين عليه حديقته التى أعطاك فقالت : نعم وزيادة ، فقال النبى : أما الزيادة فلا(١) .

وعند الجمهور من الفقهاء يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة أكثر مما أعطاها ما دام النشـوز من جهتهـا ولا إثم عليـه فى ذلك إلا أنه يستحب له ألا يأخـذ أكثر مما أعطاها ، وذلك لقول الله تعالى « ولا يحل لـكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فإنه نفى الإثم عن الرجل فيما أخذه من الزوجة مقـابل طلاقهـا قليلا كان أو كثيراً ، أما النهى عن أخذ الزيادة عما أعطاها الوارد فى قصة ثابت

---

(١) السنن الـكبرى للبيهقى جـ ٧ ص ٣١٣ ، ٣١٤ ، ومنتقى الأخبار ونيل الأوطار جـ٦ص ٢٠٩ .

ابن قيس فإنه محمول على خلاف الأولى ، قال مالك : لم أر أحداً من أهل العلم يكره ذلك « يعنى أخذ الزوج أكثر مما أعطاها » لكنه ليس من مكارم الأخلاق وأخرج ابن سعد عن الربيع بنت معوذ قالت : تزوجت ابن عم لى فشق بى وشقيت به ، وعى بى وعنيت به وإنى استأديت[1] عليه عثمان رضى الله عنه فظلمنى وظلمته وكثر على وكثرت عليه وإنها انفلتت منى كلمة : أنا أفتدى بمالى كله ، قال قد قبلت ، فقال عثمان رضى الله عنه خذ منها . قالت : فانطلقت فدفعت إليه مالى كله إلا ثيابى وفراشى وإنه قال لى لا أرضى ، وإنه استأدى على عثمان رضى الله عنه فلما دنونا منه قال : يا أمير المؤمنين الشرط أملك ، قال أجل فخذ منها متاعها كله حتى عقاص رأسها[2] .

وكذلك لو كانت الكراهة من الجانبين بأن كانت الألفة بين الزوجين غير تامة وخشيا التقصير فى القيام بالحقوق الزوجية فللزوجية أن تتخلص بمال تعطيه لزوجها وللزوج أن يأخذ هذا المال ، وهذا ما يصرح به قول الله تعالى « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فإنه يدل بعبارته الصريحة على أن للأزواج أن يأخذوا العوض على الطلاق فى حالة ما إذا خاف الزوجان أو من يعنيهم الأمر من أهلها ألا يراعيا حقوق الزوجية وموجبها بسبب ما بينهما من الكراهه والنفور .

---

(١) معنى استأديت عليه عثمان استعديته عليه ، يقال : استأدى عليه فلاناً أى استعداه عليه .

(٢) عقاص الرأس هو الخيط الذى تجمع به المرأة أطراف ذوائب شعرها «السنن الكبرى للبيهقى جـ ٧ صـ ٣١٥ ونيل الأوطار جـ ٦ صـ ٢١٣ ، المغنى لابن قدامة جـ ٨ صـ ١٧٦» .

أما إذا كان النفور والإعراض من جانب الزوج وحده بأن كان هو الذى يرغب فى الخلاص من زوجته ليتزوج غيرها فلا يحل له أن يأخذ شيئاً منها فى مقابل طلاقها لا قليلا ولا كثيراً مهما كان المهر الذى أعطاه عظيما . لقول الله تعالى « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثماً مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا » .

ومثل هذا مالو كره الزوج زوجته فضيّق عليها فى المعاملة وعاشرها معاشرة سيئة ليضطرها إلى الطلاق والافتداء بمال تدفعه إليه فلا يحل له شرعاً أخذ شىء منها ، لقول الله تعالى « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه »(١) فإنه يدل على حرمة الإضرار بالزوجة وإيذائها لتتخلص منه بالمال ، لكن لو خالعها فى نظير شىء من المال لزمها المال الذى اتفقا عليه قضاء بحيث لو رفع الأمر إلى القاضى قضى بما اتفقا عليه ، وألزم الزوجة بدفع ما التزمت لرضاها به ، وهذا عند الحنفية . وقال المالكية : إن الخلع إذا كان بسبب النشوز من الزوج وإضراره بالزوجة لم يحل له شرعا أخذ شىء من الزوجة ، ولو أخذ شيئاً وجب عليه أن يرده إليها ، ويسقط عنها ما التزمته من إرضاع ولدها أو نفقة حمل أو إسقاط حضانة إذا طلبت الزوجة ذلك ، وادعت بعد المخالعة أنها ما خالعته إلا لضرر يجوز لها التطليق به ، وهو رأى وجيه ينبغى العمل على وفقه وذلك لقول الله تعالى « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن » وقوله « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » ولأنه عوض قد أكرهها على التزامه بغير حق فلا يستحقه ولا يقضى له به وإن كان برضاها .

---

(١) آية ٢٣١ من سورة البقرة .

ما يكون بدلا فى الخلع:

بدل الخلع لا يشترط فيه أن يكون من النقود بل كما يصح أن يكون من النقود يصح أن يكون من غيرها من كل ما يكون مالا متقوما أو منفعة تقابل بالمال كالمكيلات والموزونات والعقارات وسكنى الدار وزراعة الأرض زمناً معلوما وكإرضاع ولدها منه أو حضانته أو الإنفاق عليه وما أشبه ذلك. فلو خالع الرجل زوجته على أن ترضع ولدها منه مدة الرضاع الواجب شرعاً بدون أجر فقبلت كان عليها أن ترضعه المدة التى اتفقا عليها فإن امتنعت عن الإرضاع أو مات الولد أو ماتت هى قبل تمام المدة المتفق عليها كان للزوج أن يرجع على الزوجة أو ورثتها بما يعادل أجرة رضاع الولد عن المدة الباقية إلا إذا شرطت عند الخلع أنه إن مات الولد أو ماتت هى فلا شىء عليها فليس للرجل أن يرجع عليها بشىء[1].

ولو خالعها على أن تقوم بحضانة ولده منها فى مدة الحضانة بلا أجر صح الخلع ولزمها القيام بحضانة الولد بدون أجر، فلو تركت الولد وهربت أو مات الولد أو ماتت هى أو خرجت عن أهلية الحضانة كان للزوج أن يرجع عليها أو على ورثتها بما يعادل أجرة حضانة الولد عن المدة الباقية.

ولو خالعها على أن تنفق على ابنه الصغير منها مدة معلومة صح الخلع ولزمها الإنفاق عليه طوال المدة التى اتفقا عليها، فإن امتنعت عن الإنفاق أو مات الولد أو ماتت هى قبل انتهاء هذه المدة كان للزوج أن يرجع عليها بمثل نفقته فى المدة أو فيما بقى منها.

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢١٨، الدر وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٨٣.

وإذا كانت الزوجة معسرة لا تقدر على نفقة الولد جاز لها أن تطالب الزوج بالإنفاق على الولد من مال نفسه فإن طالبته بذلك أجبر على الإنفاق عليه لكن له أن يرجع عليها بما أنفق عند يسارها ، وهذا على الرأى المعتمد عند الحنفية ، لأن النفقة حق الولد وهى فى الأصل واجبة على الأب وقد انتقل الوجوب إلى الأم بجعلها بدلا عن الخلع ولما كانت الأم عاجزة عن القيام بهذا الواجب وجب على الأب أن يقوم مقامها فى ذلك إحياء للولد وصيانة له من الهلاك(١) .

وإذا خالعت المرأة زوجها على أن يبقى ابنه منها عندها إلى البلوغ صح الخلع ولم يصح الشرط ، لأن الشارع جعل الحق فى إمساك الصغير بعد تجاوز سن الحضانة للأب لا للأم ، لأنه بعد زمن الحضانة يحتاج إلى من يعوده على الأخلاق والعادات التى تنبغى للرجال ، والأب أقدر على ذلك من الأم فالاتفاق على بقائه عند الأم بعد زمن الحضانة إضاعة لحق الصغير فلا يكون صحيحاً . أما إذا خالعت زوجها على إبقاء ابنتها منه إلى البلوغ فإن هذا الشرط يكون صحيحاً(٢) لأنه ليس فيه إضرار للبنت ولا إضاعة لحقها ، إذ هى تحتاج — مع صيانتها — إلى من يعلمها ويدربها على شئون النساء ، والأم أقدر على ذلك من الأب .

وإذا خالعت المرأة زوجها فى مقابل إبرائه من نفقة العدة صح الخلع وبرىء الزوج من النفقة ، وإن كانت النفقة غير معلومة ، لأن الجهالة اليسيرة متحملة فى الخلع ، ولهذا صح الخلع على ما يكون فى بطن غنمها أو بقرها وهو غير معلوم ، ولأن المرأة بهذا الخلع تسقط حقها فى المطالبة بنفقتها مدة العدة وذلك أمر ثابت لها وإن كان المقدار غير معلوم .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢١٨ وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٨٣

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٨٣

ولو اتفق الزوجان على الخلع فى مقابلة إسقاط السكنى عن الزوج فى مدة العدة صح الخلع ولا تسقط عنه السكنى ، لأن سكنى المطلقة مدة العدة فى البيت الذى كانت تسكنه وقت الطلاق واجب يلزم به المطلق حقاً للشرع فلا تملك الزوجة أن تعفيه منه إلا إذا كان ذلك البيت ملكا لها ، أو لم يكن ملكا لها ولكن التزمت أن تسكنه وتدفع أجرته من مالها فإنه يصح أن تعفى الزوج من هذه الأجرة ، لأن حق الشرع لا يفوت بذلك .

هذا : ومما ينبغى التنبيه عليه هنا أن كل خلع يبطل فيه البدل المتفق عليه تقع الفرقة بين الزوجين وتكون طلاقا بائناً على مذهب الحنفية وتكون طلاقا رجعياً على المعمول به الآن ، لأن كل طلاق يقع رجعياً إلا فى بعض الصور المستثناة فإن الطلاق يقع فيها بائناً ، وهذا الطلاق ليس منها ، فيكون رجعياً .

حكم الخلع وأثره :

إذا تم الخلع بين الزوجين ترتبت عليه الآثار الآتية :

١ — وقوع طلقة بائنة لأن الزوجة إنما دفعت المال لتتخلص من سلطان الزوج عليها ، ولا يتم لها ذلك إلا إذا كان الطلاق الواقع بالخلع بائناً ، وقد خالفت لجنة الأحوال الشخصية مذهب الحنفية فى اعتبار الخلع طلاقا بائنا واعتبرته فسخا كما هو رأى بعض الفقهاء ، فلا يترتب عليه نقصان عدد الطلاق ، ولو طلقها فى أثناء العدة لا يقع عليها الطلاق (المواد : ١٣٨ ، ١٤٢ ، ١٤٣) .

٢ — لزوم بدل الخلع فى ذمة الزوجة ، سواء كان هذا البدل هو المهر أم بعضه أم شيئاً آخر غير المهر . لأن الزوج علق طلاقها على قبول البدل ، وقد رضيت به فيكون لازماً فى ذمتها .

٣ — سقوط الحقوق المالية التى تكون ثابتة وقت الخلع لكل واحد من الزوجين قبل الآخر والتى تتعلق بالزواج الذى وقع الخلع منه ، فإذا اتفق الزوجان على الخلع فى نظير مائة جنيه مثلا لزم الزوجة أداء هذا المقدار إلى الزوج ، وإذا كانت لم تقبض المهر فإنه يسقط بالخلع سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وإذا كانت لها نفقة عن مدة ماضية فإنها تسقط أيضاً بالخلع ، وإذا كان الزوج قد أعطاها المهر كله ثم حصل الخلع قبل الدخول والخلوة لم يلزمها رد شىء منه إلى الزوج ، وكذلك لو عجل لها النفقة عن مدة مستقبلة وخالعها قبل مضى المدة لا يكون له الحق فى مطالبتها برد شىء منها .

أما الحقوق التى لا تكون ثابتة وقت الخلع فلا تسقط به ، وذلك كنفقة العدة ، لأنها لا تجب بالفعل إلا بعد الفرقة بين الزوجين ، فلو خالع الزوج زوجته لا يبرأ من هذه النفقة إلا إذا نص عليها صراحة ، لأنه إذا نص عليها صارت من بدل الخلع فتسقط به كما تقدم . ومثل ذلك الحقوق التى لا تتعلق بالزواج الذى حصل الخلع منه فإنها لا تسقط به كالقرض أو الوديعة أو مؤخر الصداق من زوجية سابقة إلا إذا نص على سقوطها صراحة فى الخلع ، وهذا على رأى أبى حنيفة وهو المفتى به ، ولا فرق عنده فى هذا الحكم بين أن تكون الفرقة بلفظ الخلع أو المبارأة ، وحجته فى ذلك : أن المقصود من الخلع إزالة العلاقة التى تربط الزوجين بعضهما ببعض وقطع الخصومة والمنازعة بينهما ، ولا يتحقق هذا إلا بسقوط جميع الحقوق الثابتة بالزواج عند الخلع سواء كانت هذه الحقوق للزوج أم للزوجة .

وقال محمد : إن الخلع لا يجب به إلا البدل الذى اتفق الزوجان عليه ، ولا يسقط به شىء من حقوق الزوجية إلا إذا نص على إسقاطه ، سواء أكان

بلفظ الخلع أو المخالعة أم كان بلفظ المبارأة فهو كالطلاق على مال كلاهما يقع به الطلاق بائناً ويجب البدل المتفق عليه ، ولا أثر لهما فى غير ذلك من الحقوق ، لأن الحقوق لا تسقط إلا بما يدل على سقوطها قطعاً ، والخلع كيفما كان لفظه ليس صريحاً فى إسقاط الحقوق الثابتة فلا تسقط به، ولأن الخلع — كما تقدم — معاوضة من جانب الزوجة والمعاوضات لا أثر لها فى غير ما تراضى عليه الطرفان .

أما أبو يوسف فإنه يوافق أبا حنيفة إذا كان الخلع بلفظ المبارأة ويوافق محمدا إذا كان بلفظ الخلع أو المخالعة . ووجهته فى ذلك : أن لفظ المبارأة صريح فى إبراء كل من الزوجين صاحبه ، فالمرأة قد أبرأت الرجل مما لها من حق وهو قد أبرأها مما له من حق ثابت ، ثم هو قد صدر مطلقاً عن التقييد بشىء فيحمل على الإبراء التام من كل شىء يتعلق بالزواج . أما لفظ الخلع أو المخالعة فليس صريحاً فى ذلك الإبراء فلا يسقط بهما إلا ما نص عليه صراحة .

وفى رأينا أن ما ذهب إليه محمد هو الراجح[1] لأن الحق متى ثبت لا يسقط إلا بإسقاطه صراحة أو بما يدل على إسقاطه من غير احتمال ، ولفظ الخلع والمبارأة وما فى معناهما تحتمل الدلالة على سقوط الحقوق الثابتة لكل منهما قبل الآخر وتحتمل عدم الدلالة على سقوطها فلا تسقط بالاحتمال ، ولهذا كان من المعقول أن ينص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على عدم سقوط النفقة المتجمدة بالطلاق ، ولو

---

(١) وقد أورد الكمال ابن الهمام فى فتح القدير جـ ٣ ص ١١٥ وما بعدها تفصيلات كثيرة تدور كلها حول تعليلات منطقية وفلسفات دقيقة يحاول بها تقوية رأى الإمام أبى حنيفة فيما ذهب إليه ، ومن أراد الوقوف على هذه التفصيلات فليرجع إليها فى هذا الكتاب وإلى كتاب البحر الرائق لابن نجيم جـ ٤ ص ٩٤ وما بعدها وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٨٠ وما بعدها .

كان خلعاً ، جرياً على مذهب الإمام محمد الذى يوافق المعقول والمنطق السليم ، وحبذا لو أخذ القانون بمذهبه أيضاً فى عدم سقوط شىء من الحقوق الثابتة لكل واحد من الزوجين قبل الآخر إلا ما نص عليه صراحة حين الانفصال ، وهذا ما اتجهت إليه لجنة الأحوال الشخصية فى مشروعها ، فقد جاء فى المادة (١٤٢) منه « أن الخلع لا يسقط به شىء من حقوق الزوجية سوى ما ورد عليه التفاسخ ».

ما يتفق فيه الخلع والطلاق على مال وما يختلفان فيه :

الخلع والطلاق على مال يتفقان فى بعض الأحكام ، ويختلفان فى بعضها أما الأحكام التى يتفقان فيها فهى :

١ — أن الفرقة التى تقع بكل من الخلع والطلاق على مال تعتبر طلاقا بائناً ، لأن المرأة إنما قبلت دفع البدل لتتخلص من سلطان الزوج عليها ، ولا يتحقق لها ذلك إلا بالطلاق البائن .

٢ — أن قبول المرأة للبدل الذى جعل الخلع والطلاق فى مقابلته شرط لا بد منه ، لأن المرأة حينما رضيت بدفع البدل فى مقابلة افتداء نفسها من الزوج كان ذلك معاوضة فى حقها ، والمعاوضة يلزم فيها قبول من يلتزم دفع العوض ، فإن وجد القبول من الزوجة وقع الطلاق وصار البدل ديناً فى ذمتها ووجب عليها أداؤه للزوج ، وإن لم يوجد لا يقع الطلاق ولا يلزمها شىء .

وأما الأحكام التى يختلفان فيها فهى :

١ — أن البدل إذا بطل فى الخلع بأن كان المسمى ليس مالا متقوما فى حق المسلم كالخمر والخنزير وقع الطلاق وكان بائناً ، وإذا بطل البدل فى الطلاق وقع

الطلاق وكان رجعياً ، لأن لفظ الخلع كناية فى الطلاق وليس صريحاً فيه والكناية يقع بها الطلاق بائناً كما تقدم ، أما لفظ الطلاق فإنه صريح فيه ، والصريح يقع به الطلاق رجعياً ، وهذا على رأى الحنفية . والمعمول به الآن أن الطلاق يقع رجعياً متى بطل البدل سواء كان بلفظ الطلاق أو الخلع .

٢ — أن الخلع يسقط الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر المترتبة على عقد الزواج الذى حصل الخلع منه على رأى الإمام أبى حنيفة ، أما الطلاق على مال فلا يسقط شيئاً من هذه الحقوق بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه ، لأن لفظ الطلاق لاينبىء عن البراءة من هذه الحقوق فلا يثبت به إلا ما اتفق الزوجان على وقوع الطلاق فى مقابلته .

خلع الزوجة التى ليست أهلا للتبرع :

الخلع كما عرفنا طلاق فى نظير مال تلتزم به الزوجة لزوجها ، ولما كان خلاص الزوجة لا يعد مالا ولا شبيهاً به شرعاً لم يكن الخلع معاوضة محضة بل فيها معنى التبرع ، ولهذا لا يلزم الزوجة بدل الخلع إلا إذا كانت أهلا للتبرع بأن تكون بالغة عاقلة غير محجور عليها لسفه أو مرض ، وعلى هذا لو كانت الزوجة صغيرة مميزة تفهم معنى الخلع وآثاره وخالعها زوجها على مقدار من المال وقبلت ذلك وقع عليها الطلاق ولا يلزمها المال ، أما وقوع الطلاق فلأن الزوج علقه على قبول المال ، وما دامت الزوجة مميزة فقبولها معتبر شرعاً فى حق وقوع الطلاق ، وأما عدم لزوم المال فلأن العوض فى الخلع فيه معنى التبرع . وهى ليست أهلا للتبرع بشىء من مالها .

وإن كانت كبيرة ولكن حجر عليها للسفه وخالعها زوجها على مال وقبلت صح الخلع ووقع الطلاق لأن وقوع الطلاق فى الخلع يتوقف على القبول وقد تحقق منها ولكن لا يلزمها المال لأنها ليست أهلا للتبرع كالصغيرة .

وإذا تولى الخلع عن الصغيرة أو السفيهة أبوها فإن التزم أداء البدل من ماله بحيث لا يرجع به عليها صح الخلع ووقع الطلاق ولزم الأب المال ، أما وقوع الطلاق فلأن الزوج علقه على قبول المال وقد وجد المعلق عليه فيقع ، وأما لزوم المال فلأن الإلتزام صدر من شخص يملكه ، أما إذا قبل الأب الخلع ولكنه لم يلتزم دفع البدل من مال نفسه بل أضافه فى القبول إلى مال ابنته فإن المال لا يلزمها ، ولا يلزم الأب أيضاً حتى ولو قال : إنه كفيل به ، لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع كما قدمنا ، ولا يملك أحد أن يتبرع من مال غيره ولو كان وليا عليه ، وهل يقع الطلاق أولا يقع ؟ فيه روايتان : فى رواية يقع ، وفى أخرى لا يقع ، والصحيح أن الطلاق يقع ، لأن الطلاق معلق على قبول الأب وقد وجد الشرط فيقع الطلاق (١) .

ولو كانت الزوجة مريضة مرض الموت وخالعها زوجها على مال وقبلت صح الخلع ولزمها المال إذا كان لا يزيد عن ثلث ما تملكه ، ولا عن نصيب الزوج فى الميراث ، فلو ماتت هذه الزوجة قبل انقضاء العدة استحق الزوج الأقل من بدل الخلع وثلث التركة وميراثه منها لو كان ممن يرثها ، لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع ، وتبرعات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية ، لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركه من وقت

---

(١) فتح القدير ج ٣ صـ ٢١٨ ؛ وحاشية ابن عابدين خ ٢ صـ ٢٨٤

حلول المرض الذى كان سبب الوفاة ، وقد يكون المقصود من هذا الخلع محاباة الزوج بأن تجعل له فى مقابلة الخلع مقدارا كبيرا يزيد عما يستحقه بالميراث ،ومحاباة الوارث فى مرض الموت بأى مقدار لاتجوز ،لأنها فى معنى الوصية ، والوصية للوارث لاتجوز عند جمهور فقهاء المسلمين .

أما إذا ماتت بعد انقضاء العدة فقد انقطع سبب الميراث فلا محل للنظر إلى نصيب الزوج من الميراث وعلى ذلك يستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة ، لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع ، والتبرع فى مرض الموت وصية، والوصية لاتجوز بأكثر من ثلث التركة إلا بإجازة الورثة .

هذا ما كان يجرى عليه العمل إلى أن صدر قانون الوصية فى سنة ١٩٤٦ الذى أجاز الوصية للوارث فى حدود الثلث كما تجوز للأجنبى ، وبعد صدور هذا القانون لايكون هناك فرق بين موت الزوجة وهى فى العدة أو موتها بعد العدة فالحكم واحد فى الحالتين ، وهو أن الزوج يستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة ، إذ النظر إلى الميراث كان للاحتياط حتى لايأخذ الزوج أكثر من نصيبه ولا داعى لهذا الاحتياط بعد أن أجاز القانون محاباته إلى ثلث التركة .

الفصل الثامن

الإيلاء

معنى الإيلاء: الإيلاء فى اللغة هو الحلف مطلقا سواء كان على ترك قربان الزوجة أو على شىء آخر، مأخوذ من آلى على كذا يولى إيلاء إذا حلف على فعل شىء أو تركه.

وفى الاصطلاح هو: أن يحلف الزوج بالله تعالى أو بصفة من صفاته ألا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر أو أكثر أو يعلق على قربانها أمراً فيه مشقة على نفسه، وذلك كأن يقول لزوجته: والله لاأقربك مدة أربعة أشهر أو مدة سنة، أو والله لا أقربك أبداً أو مدة حياتى، أو والله لا أقربك ولا يذكر مدة أو يقول: إن قربتك فلله على صيام شهر أو حج أو إطعام عشرين مسكيناً ونحو ذلك مما يكون فيه مشقة على النفس.

أما إذا حلف الزوج بغير الله تعالى أو علق على قربان زوجته أمراً ليس فيه مشقة على النفس كصلاة ركعتين أو إطعام مسكين مثلا لا يكون مولياً، وكذلك لو كانت المدة التى حلف على ترك قربان زوجته فيها أقل من أربعة أشهر لايكون مولياً عند الجمهور من الفقهاء، لقول الله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » فإنه سبحانه موكل للإيلاء فى حكم الطلاق مدة مقدرة وهى أربعة أشهر فلا يكون الحلف على مادونها إيلاء فى حق هذا الحكم ولأن الإيلاء هو اليمين التى تمنع الزوج من قربان زوجته خوفا من لزوم الحنث ووجوب الكفارة أو ما يكون فيه مشقة، ولو حلف على ترك قربانها أقل من أربعة أشهر أمكنه

الاتصال بها من غير شيء يلزمه فلا يكون إيلاء(١) فلو قال الرجل: والله لا أقرب زوجتي مدة شهرين أو ثلاثة لا يكون مولياً، ولا يترتب عليه حكم الإيلاء الآتي بيانه.

حكم الإيلاء :

الإيلاء من الأمور التي كانت شائعة عند العرب قبل الإسلام حيث كان الرجل منهم يحلف على ترك قربان زوجته السنة والسنتين وأكثر من ذلك، يقصد بذلك إيذاء زوجته والإضرار بها، ويمضي في يمينه من غير لوم أو حرج وقد تقضي الزوجة عمرها كالمعلقة لا هي زوجة تتمتع بحقوق الزوجية ولا هي مطلقة يغنيها الله من سعته. فلما جاء الإسلام أنصف المرأة وخلصها من هذا الظلم الفادح فحدد للمولي أربعة أشهر فإن عاد إلى الحياة الزوجية في هذه المدة حنث في يمينه، فإن كانت اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته التي يحلف بها لزمته كفارة اليمين، وهي إطعام عشرة مساكين يوماً واحداً أو كسوتهم أو تحرير رقبة، فإن لم يجد شيئاً من ذلك وجب عليه صيام ثلاثة أيام، وإن كانت اليمين بتعليق شيء على قربانها كصيام أو حج أو صدقة لزمه ما التزمه من ذلك وإن امتنع من الاتصال بزوجته واستمر على ذلك حتى مضت أربعة أشهر طلقت منه طلقة بائنة من غير أن ترفع الأمر إلى القاضي ويحكم بطلاقها وبدون أن يطلقها الزوج، وذلك جزاء له على ظلم زوجته وإيذائها بمنع حقها المشروع. والحكمة في إمهاله هذه المدة المحافظة على علاقة الزوجية ومعالجة بقائها بما هو غالب على طبائع الناس، فإن البعد عن الزوجة مثل هذا الزمن فيه تشويق للزوج إليها فيحمله ذلك على وزن حاله معها وزناً صحيحاً، فإذا لم تتأثر نفسه بالبعد عنها ولم يبال بها سهل عليه فراقها وإلا عاد

---

(١) بدائع الصنائع ج ١ ص ١٧١ .

إليها نادما على إساءتها مصراً على حسن معاشرتها ، وكذلك المرأة فإن هجرها من وسائل تأديبها ، فقد تكون سبباً فى انصراف الزوج عنها بإهمالها فى شأن زينتها أو بمعاملته معاملة توجب النفرة منها ، فإذا بعد عنها هذه المدة كان هذا زاجراً لها عما فرط منها ، وهذا بناء على ما فهمه أئمة الحنفية من قول المولى عز وجل « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » فمعنى هذه الآية على رأيهم : أن للأزواج الذين يحلفون على ترك الاتصال بزوجاتهم انتظار أربعة أشهر فإن فاءوا قبل مضى هذه المدة وعادوا إلى الاتصال بزوجاتهم فإن ذلك يكون توبة منهم عن ذلك الذنب فالله يغفر لهم بالكفارة عنه ، وإن أصروا على تنفيذ يمينهم وهجر زوجاتهم فلم يقربوهن حتى انقضت المدة المذكورة ، وهى أربعة أشهر ، فإن ذلك يكون إصراراً منهم على الطلاق فيكون إيلاؤهم طلاقا فتطلق منهم زوجاتهم بمجرد انقضاء هذه المدة طلقة بائنة من غير حاجة إلى تطليق منهم أو من القاضى جزاء لهم على ظلم زوجاتهم .

وقد وافق المالكية والشافعية والحنابلة الحنفية فى أن هذه الآية حددت للإيلاء أربعة أشهر بعد أن كان الإيلاء لا وقت له ولا حد يقف عنده ولكنهم اختلفوا معهم فى أمرين :

الأول : أن الفىء يكون قبل مضى المدة ويكون بعدها ، فإن حصل الفىء قبل مضى المدة فالحكم كما بيناه فى الكلام على مذهب الحنفية ، وإن حصل الفىء بعد مضى المدة انتهى الإيلاء ولا شىء على المولى ، وإن لم يحصل الفىء بعد مضى المدة رفعت الزوجة الأمر للقاضى وعلى القاضى أن يأمره باختيار أحد الأمرين : الفىء أو الطلاق فإن فعل وإلا طلق عليه القاضى ، والطلاق الواقع فى هذه الحالة لا يكون طلاقا بائنا بل طلاقا رجعياً . وهذا ما يجرى عليه العمل بناء على القانون الصادر فى سنة ١٩٢٩

لأن هذا القانون نص على أن كل طلاق يقع رجعياً إلا ما كان قبل الدخول أو كان على مال أو مكملا للثلاث وما نص فيه وفى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه طلاق بائن ، والإيلاء ليس من المستثنيات فى هذا القانون فيكون الواقع به طلاقا رجعيا.

الأمر الثانى : أن الطلاق لا يقع بمضى المدة عندهم وإنما يقع بتطليق الزوج أو القاضى إذا رفعت الزوجة الأمر إلى القاضى طالبة منه أمره بالفىء أو بالتطليق إن لم يفىء . وسبب هذا الخلاف يرجع إلى اختلافهم فى تفسير قول الله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » فالحنفية يرون — كما تقدم — أن المعنى فإن فاءوا فى هذه الأشهر فإن الله غفور رحيم لما أقدموا عليه من الحلف على الإضرار بالزوجة بحرمانها من حقها المشروع ماداموا قد عدلوا عن أيمانهم بالحنث فيها وإن لم يفيئوا فى هذه الأشهر واستمروا فى أيمانهم كان ذلك عزما منهم على الطلاق فإذا مضت المدة وقع الطلاق بحكم الشارع من غير حاجة إلى تطليق من الزوج أو القاضى جزاء ظلمه المرأة بمنع حقها ، وقد استندوا فى هذا التفسير إلى قراءة عبد الله بن مسعود إذ قرأ « فإن فاءوا « فيهن » فإن الله غفور رحيم » بزيادة كلمة « فيهن » على النص المتواتر ، وهذه الكلمة وإن لم تكن قرآنا لعدم تواترها لكنها تعتبر من قبيل السنة فتصلح لأن تكون حجة فى إفادة هذا الحكم ، ويؤيد هذا التفسير ما روى من أقوال الصحابة فى ذلك .

فقد روى عن عثمان وزيد بن ثابت أنهما قالا : إذا مضت أربعة الأشهر فهى تطليقة ، وهى أملك لنفسها ، وروى مثل ذلك عن على بن أبى طالب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس .

أما المالكية ومن وافقهم فيرون أن معنى الآية : للذين يحلفون على ترك

قربان زوجاتهم انتظار أربعة أشهر فإن فاءوا ورجعوا عمـــا منعوا أنفسهم منه بعد مضى هذه المدة فإن الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين والعزم على ذلك الظلم ، وإن عزموا على الطلاق بعد انقضاء المدة فإن الله سميع لما يقع منهم من الطلاق عليم بما يصدر عنهم من خير أو شر فيجازيهم عليه ، وتأيدهذا التفسير بما روى عن سهل بن أبى صالح عن أبيه قال : سألت اثنى عشر رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يولى من امرأته فـكلهم يقول : ليس عليه شىء حتى تمضى أربعة أشهر فيوقف ، فإن فاء وإلا طلق القاضى عليه .

ويبدو لنا أن رأى المالـكية ومن معهم أقوى وأصح دليلا من رأى الحنفية إذ لا دليل فى الآية الـكريمة على أن الفىء لا يـكون إلا فى المدة ولا على أن الطلاق يقع بانتهائها ، بل إن قوله تعالى « وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » يدل دلالة واضحة على أن الطلاق لا يقع بانقضاء المدة لأنه لو وقع بانقضائها لما كان هناك حاجة إلى العزم عليه بعد وقوعه ، وقراءة ابن مسعود إن صحت لاتعدو أن تـكون رأياً له فى فهم الآية ، كما أنه قد يكون من الخير مفـاتحة الزوج بعد انقضاء المدة فيما حدث منه من يمين وامتناع عن قربان زوجته ليراجع نفسه ويدرك خطأه وذلك خير من إيقاع الطلاق وفصم عرى الزوجية بمجرد مضى المدة .

وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية رأى القائلين بأن الطلاق بسبب الإيلاء طلاق رجعى وأنه لا يقع الطلاق بمجرد مضى المدة إذا لم يعد الزوج إلى معاشرة زوجته قبل مضيها ، وإنما يقع بطلاق الزوج أو القاضى إذا امتنع الزوج من معاشرة الزوجة أو طلاقها ، كما هو رأى الجمهور من الفقهـاء ، فنصت فى المـادة (١٢٢) على ما يأتى :

« إذا حلف الزوج على أن يترك مباشرة زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر

أو دون تحديد مدة ، واستمر ممتنعا حتى مضت أربعة أشهر قمرية طلقها عليه القاضى طلقة رجعية بطلبها » .

الفصل الخامس

اللعـــان

المقرر فى الشريعة أن الرجل إذا اتهم امرأة ليست زوجة له بالزنا ، وكانت عفيفة لم يسمع عنها زنا فى حياتها ولم تتهم به ، ولم يأت بأربعة يشهدون بصحة هذا الاتهام فإنه يحد حد القذف ، وهو ثمانون جلدة ، جزاء له على انتهاك أعراض الطاهرات وزجراً لأمثاله عن الإقدام على هذا الجرم الكبير ، وهذا ما بينه المولى عز وجل فى قـوله « والذين يرمون المحصنـات[1] ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفـاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم[2] » .

أما إذا اتهم الرجل زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها إليه ولم يأت بأربعة يشهدون على دعواه فلا يحد حد القذف كالأجنبى وإنما يجب حينئذ اللعان .

التعريف باللعان

اللعان فى اللغة مأخوذ من اللعن وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى ، وسمى مايحصل بين الزوجين بذلك لأن أحدهما كاذب بيقين فيكون مستحقاً للطرد والإبعاد عن الرحمة .

---

(١) المحصنات قد يراد بهن العفيفات وقد يراد بهن المتزوجات ، وقد يراد بهن الحرائر ، والمراد بهن فى الآية العفيفات (٢) آتيا: ٤ ، ٥ من سورة النور

وفى الفقه — كما عرفه فقهاء الحنفية — شهادات تجرى بين الزوجين مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة

كيفية اللعان :

إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها إليه ولم تكن له بينة على دعواه ولم تصدقه الزوجه وطلبت إقامة حد القذف عليه أمره القاضى بملاعنتها وذلك بأن يقول أمام القاضى : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه « ويشير إليها إن كانت حاضرة » من الزنا أو نفى الولد « على حسب مارماها به » ويكرر هذا أربع مرات ، ثم يقول فى الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى أو نفى الولد، فإذا انتهى الزوج من ذلك أمر القاضى الزوجة بملاعنته ، بأن تقول : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا أو نفى الولد ، وتكرر هذا أربع مرات ، ثم تقول فى الخامسة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا أو نفى الولد .

والدليل على ذلك قول الله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين[1] » .

وماجاء فى السنة من حديث عبد الله بن عمر أن فلان بن فلان قال يارسول الله أرأيت لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع ، إن تكلم تكلم بأمر عظيم،

---

(١) الآيات : ٦، ٧، ٨، ٩ من سورة النور

وإن سكت سكت على مثل ذلك . فسكت النبى صلى الله عليه وسلم فلم يجبه . فلما كان بعد ذلك أتاه فقال : إن الذى سألتك عنه ابتليت به ، فأنزل الله عز وجل هؤلاء الآيات من سورة النور « والذى يرمون أزواجهم. الخ الآيات » فتلاهن عليه ووعظه وذكره وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . فقال : لا ، والذى بعثك بالحق ما كذبت عليها ، ثم دعاها فوعظها وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . فقالت : لا ، والذى بعثك بالحق إنه لكاذب . فبدأ بالرجل فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم ثنى بالمرأة فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، ثم فرق بينهما(١) .

وإنما وجبت البداءة بشهادة الرجل فى اللعان لأنه المدعى وفى الدعاوى يبدأ بشهادة المدعى ، وإنما كانت الشهادات أربعا ولم تكن اثنتين ، لأن جريمة الزنا لاتثبت إلا بشهادة أربع من الرجال أو بالإقرار أربع مرات ، ولما كانت الشهادة متعسرة فى إثبات مايتهم به الزوج زوجته اكتفى الشارع بشهادته تلك الشهادات الأربع وجعلها قائمة مقام الشهود الأربعة ، فإذا أتى بها لا يحد حد القذف ، وعلى الزوجة إذا كانت تنكر ما اتهمها به أن تشهد أربع شهادات تعارض بها شهادات الزوج ، فإذا أتت بها سقط عنها عقوبة ما يتهمها الزوج به وهو الزنا .

وإنما خصت الزوجة بالدعاء على نفسها بغضب الله دون لعنته تغليظاً عليها وزجراً لها ، لأن الجريمة المتهمة بها أفظع من جريمة الرجل ، ذلك لأن الغضب أشد من اللعنة ، فالغضب هو السخط وإنزال المقت والعذاب بالمغضوب عليه ،

---

(٢) منتقى الأخبار مع نيل المرام ج ٦ ص ٢٢٦ ، زاد المعاد ج ٤ ص ٩٣

واللعن الطرد والإبعاد من الرحمة ، ولا يلزم من البعد عن الرحمة الانتقام بالعذاب

وإذا طلب القاضى من الزوج الملاعنة فامتنع حبسه حتى يلاعن أو تصدقه الزوجة فيما ادعاه أو يكذب نفسه فيحد حد القذف ، وهذا عند الحنفية ، وقال المالكية والشافعية والحنابلة : إذا امتنع الزوج عن اللعان لا يحبس ولكن يحد حد القذف . وهذا الخلاف مبنى على اختلافهم فى الموجب الأصلى لقذف الزوج زوجته أهو اللعان أو الحد واللعان مسقط له ؟ فعند الحنفية الموجب الأصلى هو اللعان ، فإذا امتنع الزوج عنه حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد حد القذف ، لقول الله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين . . الآية » فإن هذه الآية جعلت موجب قذف الزوج لزوجته إذا لم يأت بأربعة شهداء اللعان فقط بعد أن كان موجبه الحد بمقتضى عموم الآية التى قبلها وهى قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » وبذلك صارت الآية الأولى منسوخة فى حق الأزواج وأصبح الواجب بقذف الزوجة هو اللعان ، فإذا امتنع عنه حبس حتى يلاعن كالمدين إذا امتنع عن إيفاء ماعليه من الدين فإنه يحبس حتى يوفى ماعليه (١) .

وعند الجمهور الموجب الأصلى هو الحد ، واللعان مسقط له ، لقول الله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدهم ثمانين جلدة . . » فإنه أوجب الحد على كل قاذف سواء أكان زوجا أم غيره ثم جاء قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله » مبيناً أن القاذف إذا كان زوجاً فله أن يدفع الحد

(١) البحر الرائق جـ ٣ ص ٥٢١

عنه باللعان فإذا امتنع عنه ثبت الموجب الأصلى وهو الحد ، ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية — لما قذف زوجته بالزنا — « البينة أو حد فى ظهرك » وعندما أراد أن يلاعن قال له « عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة » فلو لم يجب الحد بقذف الزوج زوجته لم يكن لهذا معنى، ولأن الزوج لو أكذب نفسه أقيم عليه الحد اتفاقاً ، وهذا يدل على أن قذفه سبب لوجوب الحد عليه كالأجنبى إلا أن الشارع خفف عنه وشرع له إسقاطه باللعان ، فإذا امتنع عنه وجب عليه الحد .

وإذا لاعن وامتنعت الزوجة عن اللعان حبست حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما ادعاه فإن صدقته خلى سبيلها من غير حد ، وهذا عند الحنفية وأحمد بن حنبل ، لأن تصديقها ليس بإقرار قصداً فلا يثبت به الحد ، ولأنها لو أقرت بالزنا ثم رجعت عن إقرارها لم تحد ، وامتناعها عن اللعان أقل دلالة على الزنا من الإقرار الذى رجعت عنه فلا يجب به الحد .

وقال الشافعى ومالك : إذا امتنعت الزوجة عن اللعان بعد لعان الزوج حدت حد الزنا لقول الله تعالى « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله . . الآية » فإنه يدل على أن سبب العذاب الدنيوى قد وجد وأنه لا يدفعه عنها إلا لعانها، والعذاب المدفوع بلعانها هو المذكور فى قوله تعالى قبل ذلك « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » وهو الحد ، لأنه ذكر معرفا بلام العهد الذكرى أى العذاب المذكور السابق فلا يجوز أن ينصرف إلى عقوبة لم تذكر فى اللفظ. ولم يدل عليها بوجه من الوجوه كالحبس أو غيره ، فإخلاء سبيلها ودرء العذاب عنها بغير لعان يكون مخالفاً لظاهر القرآن .

ويبدو لنا أن قول الجمهور فى هاتين المسألتين هو الراجح لاتفاقه مع ظاهر الكتاب والسنة فينبغى أن يكون العمل على وفقه .

مايشترط فى الزوجين لجريان اللعان بينهما :

اتفق الفقهاء على أن اللعان لايكون إلا فى حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما ، بأن تكون المرأة مطلقة طلاقاً رجعياً ولم تنقض عدتها سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل ، ويشترط الحنفية أن يكون عقد الزواج صحيحاً ، فلو تزوج رجل امرأة زواجا فاسداً واتهمها بالزنا أو نفى نسب ولدها إليه فلا لعان بينهما ولا يمكنه نفى الولد ، لأن المرأة فى الزواج الفاسد تعتبر كالأجنبية فى حق الزوج فيكون حكمها حكم الأجنبيات ، واللعان لايجوز إجراؤه إذا كانت المتهمة بالزنا أجنبية عن القاذف .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا كان الزواج فاسداً وكان بين الزوجين ولد ونفاه الزوج فإن له أن يلاعن فإذا لاعن انتفى نسب الولد إليه ولاحد عليه وإن لم يكن بينهما ولد فلا لعان بينهما ويحد الرجل حد القذف ، لأنه إذا كان بينهما ولد فإنه يلتحق نسبه بالرجل بحكم العقد فينبغى أن يمكن من نفيه بطريق اللعان كما لو كان الزواج صحيحاً ، إما إذا لم يكن بينهما ولد فإنه لاحاجة للرجل إلى اتهامها بالزنا لكونها أجنبية عنه ، فإذا قذفها كان جناية عليها بدون مبرر فيحد حد القذف ، وهذا بخلاف الزوجة فإن الزوج يحتاج إلى قذفها ولو لم يكن بينهما ولد لكونها خانته وغاظته وأفسدت عليه فراشه (١)

واشترط الحنفية أيضاً أن يكون كل من الزوجين أهلا للشهادة على المسلم

---

(١) المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ٩ ص ١٥

بأن يكونا مسلمين بالغين عاقلين حرين قادرين على النطق غير محدودين في قذف فلا لعان إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما غير مسلم أو كان رقيقاً .

ولم يشترط جمهور الفقهاء سوى أن يكون الملاعن زوجا يصح طلاقه بأن يكون بالغا عاقلا مختاراً ، وعلى ذلك يصح اللعان من كل زوجين سواء كانا مسلمين أو كافرين عدلين أو فاسقين محدودين في قذف أو غير محدودين .

وهذا الخلاف يرجع إلى أن اللعان فيه معنى اليمين والشهادة ، ولكن هل الغالب فيه معنى اليمين أو الشهادة . فالحنفية قالوا : الغالب في اللعان معنى الشهادة فاشترطوا في الزوجين شروط الشهادة ، والجمهور قالوا : الغالب في اللعان اليمين فلم يشترطوا في الزوجين شروط الشهادة وإنما اشترطوا فيهما شروط اليمين وقد استدل الحنفية بقول الله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ... » فقد سمى الأزواج شهداء وسمى ملاعنتهم شهادة وجعلها كشهادة الزنا في العدد ودرء الحد عن الزوج ، وما قيل في الزوج قيل مثله في الزوجة فيشترط فيهما شروط الشهادة .

واستدل الجمهور بأن اللعان لابد فيه من ذكر اسم الله تعالى والقسم وجوابه ولو كان شهادة لما احتاج إلى ذلك ، ولأنه يستوى فيه الرجل والمرأة ولو كان شهادة لكانت المرأة على النصف من الرجل ، ولأنه يجب تكراره والمعهود في الشهادة عدم التكرار بخلاف اليمين فقد عهد فيه التكرار في القسامة ، ولأنه يكون من الطرفين والشهادة لاتكون إلا من طرف واحد هو المدعى .

وتسمية ألفاظ اللعان شهادة إنما هو باعتبار قول كل من الرجل والمرأة : أشهد ، وهى في الحقيقة أيمان وإن سميت شهادة للتصريح فيها باسم الله وبالقسم المؤكد وجوابه .

وفى رأيى أن ماذهب إليه الجمهور هو الراجح لأنه لادليل من كتاب أو سنة

على ماذهب إليه الحنفية من الشروط . وأيضاً فإن اللعان إنما شرع للحاجة ، وحاجة الزوج الذى لا تصح منه الشهادة إلى اللعان كحاجة من تصح منه الشهادة ، والشريعة العادله الرحيمة لاترفع الضرر والحرج عن فريق من المستظلين بظلها وتجعل له فرجاً ومخرجاً مما نزل به ، وتدع الفريق الآخر فى الآصار والأغلال لا فرج له ولا مخرج ولا منقذ مما نزل به بل تتسع رحمتها للجميع على السواء ولعل هذا هو مادعا لجنة الأحوال الشخصية إلى اختيار هذا الرأى . فنصت فى الفقرة الثانية من المادة (١٩٧) على ما يأتى :

« يجرى اللعان بين الرجل والمرأة فى الأحوال السابقة ولو كانت المرأة معتدة أوغير مسلمة أوغير عفيفة أوكان الرجل غير أهل للشهادة أو أخرس متى كان مكلفا »

الآثار التى تترتب على اللعان

إذا تم اللعان بين الزوجين أمام القاضى ترتبت عليه الآثار الآتية :

١ — تحريم استمتاع كل من الزوجين بالآخر بمجرد اللعان من غير توقف على تفريق القاضى بينهما .

٢ — وجوب التفريق بينهما ، غيرأن هذه الفرقة لاتتم عندالحنفية إلا بتفريق القاضى ،فإذا تم اللعان ولم يحكم القاضى بالتفريق بينهما فالزوجية تعتبر باقية فى حق بعض الأحكام كالميراث ووقوع الطلاق ، فلو مات أحدهما قبل الحكم بالتفريق ورثه الآخر ، ولو طلقها الزوج حينئذ وقع الطلاق ، ولو أكذب نفسه فإنها تحل له من غير تجديد عقد الزواج ، وحجتهم فى ذلك : قول ابن عباس فى قصة المتلاعنين: « ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما .

وذهب مالك وأحمد فى إحدى الروايتين عنه وهو قول زفر من الحنفية إلى

أن الفرقة تحصل بمجرد اللعان من غير توقف على حكم القاضى، لأن سبب الفرقة قد وجد وهو اللعان ، فتقع الفرقة بحصوله من غير حاجة إلى القضاء وقول ابن عباس « ففرق رسول الله بينهما » كما يحتمل إنشاء الفرقة بين المتلاعنين يحتمل إعلامهما بها أو تنفيذها حساً بينهما فلا يكون فيه حجة على توقف الفرقة على حكم القاضى .

٣ — أن هذه الفرقة تعتبر طلاقاً بائناً عند أبى حنيفة ومحمد ، لأنها تتوقف على القضاء ، وكل فرقة يقوم بها القاضى تعتبر طلاقاً بائناً ، ولا يمكن الزوج من استئناف الحياة الزوجية إلا فى حالتين :

ا — أن يكذب نفسه ، لأن هذا يعتبر رجوعاً عن الشهادة ، والشهادة لاحكم لها بعد الرجوع عنها وحينئذ يحد حد القذف ، ويثبت نسب الولد منه إن كان القذف بنفى الولد .

ب — أن يخرج أحد الزوجين عن أهلية الشهادة إذ بذلك ينتفى السبب الذى من أجله كان التفريق(١) .

وقال أبو يوسف : إن الفرقة باللعان تعتبر فسخاً ، وهى توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع فلا يمكن أن يعود المتلاعنان إلى الزواج بعدها أبداً ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة ، وعلى هذا لو كذب الزوج نفسه أو خرج عن أهلية الشهادة أو صدقته الزوجة فلا تحل له ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المتلاعنين « لايجتمعان أبداً » وهو ظاهر الدلالة على المطلوب . ولأن اللعان قد وجد وهو سبب التفريق، وتكذيب الزوج نفسه أو خروج أحدهما عن أهلية الشهادة لاينفى وجود السبب بل هو باق فيبقى حكمه ، وأيضاً فإن الرجل إن كان صادقا فى اتهامها

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٥٥ .

فلا ينبغى أن يمسكها مع علمه بحالها ويرضى لنفسه أن يكون زوج بغى ، وإن كان كاذباً فلا ينبغى أن يمكن من معاشرتها لإساءته إليها واتهامها بهذه الفرية العظيمة وإحراق قلبها ، إلا أن أبا يوسف يقول : إذا أكذب الزوج نفسه ثبت نسب الولد منه وزال كل أثر للعان بالنسبة للولد . وإنما أثبت نسب الولد مع أنه قرر أن التحريم لا يزول ، لأن الحديث ورد فى حق التفريق ، وفى ثبوت النسب محافظة على حق الولد فيثبت نسبه من أبيه بعد التكذيب ، ولأن اللعان لا يقتضى نفى النسب دائماً فلا مانع من تحققه مع ثبوت النسب .

وقد أخذت لجنة الأحوال الشخصية برأى أبى يوسف والأئمة الثلاثة فى اعتبار الفرقة باللعان فسخا ، وأخذت برأى أبى حنيفة ومحمد فى إباحة الزواج بالمرأة بعد اللعان إذا أكذب الزوج نفسه فنصت فى الفقرة الثالثة من المادة (١٩٨) على أن « الفرقة باللعان فسخ » ونصت فى المادة (١٩٩) على أنه « فى جميع الأحوال إذا اعترف الرجل بعد اللعان بما يفيد كذبه فى الاتهام ونفى النسب لزمه نسب الولد ، ولو بعد القضاء بنفيه ، وله أن يتزوج الملاعنة فى العدة وبعدها »

٤ — انتفاء نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بأمه إذا كان موضوع اللعان نفى نسب الولد ، وتوافرت الشروط التى سيأتى بيانها فى ثبوت النسب ، وإذا نفى نسب الولد فلا يكون أجنبياً من الملاعن فى كل الأحكام بل فى بعضها فقط ، فيكون أجنبياً منه فى الأحكام الآتية :

١ — الإرث ، فلا توارث بينهما ، بمعنى أن قرابة الأبوة لا تكون معتبرة فى الإرث ، فلو مات الولد الذى نفى نسبه عن مال لا يرثه أحد بقرابة الأبوة ، وإنما ترثه أمه وأقرباؤه من جهتها ،

ب — النفقة . فلا تجب بينهما نفقة الأبناء على الآباء ولا نفقة الآباء على الأبناء .

ولا يكون أجنبياً فى الأحكام الآتية .

ا — الشهادة ، فكما لاتقبل شهادة الأصل لفرعه وعكسه كذلك لاتقبل شهادة الملاعن وأصوله لمن نفى نسبه باللعان ، ولا شهادة من نفى نسبه وفروعه لمن نفاه ولا لأصوله .

ب — القصاص ، فلو قتل الملاعن من نفاه باللعان لايقتل فيه كما لو قتل الأب ولده .

ح — الالتحاق بالغير ، فلو ادعاه غير الملاعن لايصح ولا يثبت نسبه منه لاحتمال أن يكذب الرجل نفسه فيعود نسبه له ولهذا قال بعض المحققين : إن ادعاه آخر بعد موت الملاعن صح وثبت نسبه منه ، لأن الولد غير معلوم النسب ولا أمل فى اعتراف الملاعن بنسبه لأنه قد مات .

د — المحرمية ، فلو أراد الملاعن أن يزوج بنته لمن نفى نسبه أو لابنه فلا يجوز ، لأنه يحتمل أن يكون ابنه خصوصاً و أن الفراش الذى يثبت النسب به كان موجودا .

الباب الثانى
فى
التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء

ذكرنا فيما تقدم أن الطلاق حق للزوج وأنه لا يملك إيقاعه أحد سواه إلا بتوكيل منه أو تفويض، وأن الشريعة لم تهمل جانب المرأة فى هـذا الموضوع فمنحتها الحق فى طلب التفريق وأوجبت على القاضى أن يجيبها إلى طلبها إذا كان هناك من الأسباب ما تقره العدالة، وامتنع الزوج من المفارقة بالمعروف، ونذكر فى هذا الباب الحالات التى يسوغ للزوجة فيها أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها أمام القضاء على ما يجرى عليه العمل الآن، مع بيان أراء الفقهاء وأدلتهم فى كل حالة منها ليتبين المصدر الذى استمد منه القانون، وهل يصح بقـاء العمل به أم ينبغى العدول عنه، وهذه الحالات خمس، نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على حالتين منها، وهما: التفريق لعدم الإنفاق، والتفريق للعيب، ونص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ثلاث وهى: التفريق للضرر وسوء العشرة، والتفريق لغيبة الزوج بدون عذر، والتفريق لحبسه، وتفصيل القول فى هذه الفرق نذكره فى الفصول الآتية:

الفصل الأول
التفريق لعدم الإنفاق

إذا امتنع الزوج عن الإنفـاق على زوجته مع وجوبه عليه فإن كان له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه بالطرق المبينة بلائحة التنفيذ فللزوجة أن تستوفى نفقتها

منه وليس لها الحق فى طلب التفريق لعدم الإنفاق سواء كان الزوج حاضراً أم غائباً ، وذلك لتمكنها من الحصول على ما تستحقه من ماله الظاهر بما يتيسر لها من الطرق .

وقد خول لها القانون أن تثبت مال زوجها الغائب إن كان ديناً أو وديعة عند أحد وإثبات عقاره أيضا للحصول على نفقتها منه بكافة وسائل الإثبات على ما ذهب إليه زفر والأئمة الثلاثة .

أما إذا لم يكن له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه سواء أكان ذلك لفقره أو للجهل بماله أو لإخفائه بحيث لا يعلم مكانه فليس للزوجة عند الحنفية الحق فى طلب التفريق بينها وبين زوجها ، بل لها أن تطلب من القاضى الإذن بالاستدانة عليه ، أو حبسه كما تقدم ، وحجتهم فى ذلك ما يأتى :

١ — قول الله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها » فإنه يدل على أن الزوج لا يكلف بالإنفاق على زوجته فى حال فقره ، وإذا لم يكن مكلفاً بالإنفاق فى هذه الحالة لا يعد آثما بالامتناع عن القيام به فلا يصلح أن يجعل سبباً فى التفريق بينه وبين زوجته .

ولكن يلاحظ على هذا الاستدلال أن الآية لا تدل على عدم تكليف المعسر بالإنفاق على زوجته ، وإنما تدل على أن النفقة تجب على الزوج بحسب حالته المالية ، فإن كان موسراً لزمه أن يوسع فى النفقة على زوجته ، وإن كان فقيراً لا يلزم إلا بما يقدر عليه ، وعلى فرض أن الآية تدل على عدم تكليف المعسر بالإنفاق على زوجته فلا يلزم من ذلك عدم جواز التفريق بينه وبين زوجته إذا طلبت ذلك ، لأن التفريق ليس إلا لدفع الضرر عن الزوجة وتخليصها من سلطانه

حتى يمكنها أن تتكسب أو تتزوج برجل آخر يقوم بالإنفاق عليها .

٢ — قول الله تعالى « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » (١) فإنه أمر لصاحب الدين أن ينظر المدين إذا كان معسراً إلى الميسرة ، والنفقة لا تعدو أن تكون ديناً للزوجة على زوجها فتكون مأمورة بإنظاره إلى الميسرة بالنص ولا يكون لها الحق فى طلب النفقة حينئذ ، وبالتالى لا يكون لها الحق فى طلب التفريق بسبب امتناعه عن النفقة .

ولكن يرد على ذلك : بأن مذهب الحنفية لا يجيز طلب التفريق لعدم الإنفاق سواء كان لعجز الزوج وإعساره أم كان لامتناعه مع القدرة على الإنفاق، والآية لا تنطبق إلا على حالة العجز والإعسار فقط ، فالدليل قاصر عن إثبات المذهب .

٣ — أن الصحابة كان فيهم المعسر والموسر ، وكان المعسرون منهم أضعاف الموسرين ، ولم يؤثر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه مكن امرأة قط من الفسخ بسبب إعسار زوجها ولا أعلمها بأن الفسخ حق لها ، ولو كان المقرر فى الشرع أن المرأة تملك الفسخ بإعسار زوجها لرفع إليه ذلك ولو من امرأة واحدة ، فإنهن قد رفعن إليه شكاتهن فيما هو دون ذلك وأندر منه .

ولكن يرد على ذلك : بأن التفريق بسبب الإعسار لا يكون إلا إذا طلبته المرأة ولم يرو أن نساء بعض الصحابة طلبنه ولم يجبن حتى يكون فى ذلك حجة على أن التفريق للعجز عن النفقة لا يجوز ، وبأن أزواج الصحابة لم يعدمن النفقة بالكلية وإنما عدمن الزيادة على ما به قوام البدن مما يعتاده أهل اليسار والغنى ،

---

(١) آية : ٢٨٠ من سورة البقرة .

ولم يرو أن واحداً من الصحابة امتنع عن الإنفاق على زوجته بالمرة حتى تطلب التفريق أو يعلمها الرسول بأن لها الحق فى ذلك .

٤ — أن التفريق بسبب عدم الإنفاق يترتب عليه إبطال حق الزوج ، وعدم التفريق يترتب عليه تأخير حق الزوجة فى النفقة ، وتأخير الحق أهون شأنا من إبطاله فوجب المصير إليه عملا بالأصل المقرر شرعا ، وهو ارتكاب أخف الضررين إذا لم يكن مفر من ارتكاب أحدهما .

وهذا الدليل لا يستقيم إلا إذا كان الامتناع عن النفقة لعجز الزوج وفقره أما إذا كان الامتناع مع قدرته على النفقة فإنه يكون ظلما من الزوج لزوجته فلا وجه لتأخير حق الزوجة وأمرها بالاستدانة عليه .

وعند الجمهور من الفقهاء للزوجة الحق فى طلب التفريق إذا امتنع الزوج من الإنفاق مطلقا على اختلاف بينهم فى التفصيل ،وحجتهم فى ذلك ما يأتى :

١ — قول الله تعالى « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقوله جل شأنه « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » ووجه الدلالة فى الآية الأولى أن الله أمر الزوج بإمساك الزوجة بالمعروف أو مفارقتها بالإحسان . والإمساك بالمعروف لا يتأتى مع الامتناع عن الإنفاق عليها فيتعين عليه التسريح بالإحسان فإن لم يفعل طلق عليه القاضى وفرق بينه وبين زوجته .

ووجه الدلالة فى الآية الثانية أنها نهت عن إمساك الزوجة على وجه الإضرار بها ، وفى إمساكها مع الامتناع عن النفقة إضرار بالزوجة واعتداء عليها . وعلى القاضى دفع العدوان بالتفريق متى طلبت الزوجة ذلك .

وفى استدلال الجمهور بالآيتين على جواز التفريق بالامتناع عن النفقة مطلقا

نظر ، لأن المقصود من الآيتين إحسان العشرة وعدم الإضرار بالزوجة فيما يدخل تحت قدرة الزوج واختياره ، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان الزوج قادراً على الإنفاق وامتنع عنه ، أما إذا كان الزوج عاجزاً عن النفقة فلا يكون إمساك الزوجة حينئذ إمساكا بغير المعروف ولا إضراراً بها ولا عدوانا عليها لأنه لا يد له فيه .

٢ — ما روى عن أبى الزناد قال . سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال نعم . قلت له سنة ؟ قال سنة. فإن قول سعيد : سنة ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكون حجة فى إثبات المطلوب .

ولكن يرد على هذا : بأن قول سعيد : سنة لا يدل على أنه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت أن كثيراً من الفتاوى التى قالها التابعون وأطلقوا عليها سنة لم تكن مسندة إلى النبى صلى الله عليه وسلم بل كانت قولا لبعض الصحابة المشهورين بالعلم والفتوى ، ومرادهم بذلك أن الحكم بهذه الصورة سنة المتقدمين وطريقتهم ، وإذا لم يكن قول سعيد هذا سنة عن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن حجة فلا يصح الاستدلال به .

٣ — أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى منه كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يأخذوهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى .

ولكن يلاحظ على هذا الأثر أن الأزواج الذين صدر فى حقهم هذا الأمر كانوا قادرين على النفقة ولم ينفقوا فلا ينطبق على غيرهم من العاجزين عن النفقة .

٤ — أن الزوج إذا عجز عن الاتصال بزوجته اتصالا جنسيا وطلبت الزوجة

التفريق بينها وبين زوجها لهذا السبب فإنها تجاب إلى طلبها بالاتفاق ، وذلك للضرر الذى يترتب على بقائها مع هذه الحال ، والضرر المترتب على العجز عن الإنفاق أشد من هذا الضرر فيكون لها الحق فى طلب التفريق عند العجز عن الإنفاق بالطريق الأولى .

ويقال للجمهور فى هذا الاستدلال : إن قياس العجز عن الإنفاق على العجز عن الاتصال الجنسى قياس مع الفارق ، لأن المال فى الزواج من التوابع بخلاف الاتصال الجنسى فإنه مقصود أصالة للتوالد والتناسل ، وفوات التابع لا يلحق بفوات المقصود أصالة ، ولأن النفقة لا تسقط بعدم الإنفاق بل تصير ديناً على الزوج بخلاف الاتصال الجنسى فإنه إذا لم يوجد يسقط حق الزوجة فيه ولا يصير ديناً على الزوج .

هذه هى آراء الفقهاء فى هذه المسألة والأدلة التى يستند إليها كل منهم فى إثبات رأيه ، وما يرد عليها من مناقشة ، ومن هذه المناقشة يتبين أن أدلة الحنفية تدل على عدم جواز التفريق إذا كان الامتناع عن الإنفاق لعجز الزوج وإعساره ، ولا تدل على عدم جواز التفريق إذا كان الامتناع عن الإنفاق مطلقاً كما هو مذهبهم ، وأدلة الجمهور تدل على جواز التفريق إذا كان الامتناع عن الإنفاق مع يسار الزوج وقدرته ، ولا تدل على جواز التفريق بسبب الامتناع مطلقاً كما هو مذهبهم لهذا كان الراجح فى نظرنا هو جواز التفريق إذا كان الامتناع عن الإنفاق مع يسار الزوج وقدرته ، وعدم جوازه إذا كان الامتناع لإعسار الزوج وفقره ، لاجتماع الأدلة الواردة فى هذا الموضوع على هذا الحكم ولموافقته لروح الشريعة ومبادئها العامة فإنها توجب الوفاء والمعاونة فى السراء والضراء ، وتجعل الصلة بين الزوجين صلة روحية قائمة على المودة والرحمة لا صلة تجارية لا وفاء فيها

ولا مروءة ، وإذا كان مرض الزوجة مرضاً يتعذر معه الاستمتاع لا يعفى الزوج من النفقة ولا يثبت له حق الفسخ فكيف يجوز أن يعاقب الزوج بالفراق على ما لم تجن يداه ، ومن ذا الذى يستسيغ أن تضاعف الآلام على المتألم .

وقد كان العمل فى المحاكم يجرى على مذهب الحنفية حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المأخوذ فى جملته من مذهب الإمام مالك الذى يجيز طلب التفريق لعدم الإنفاق على الزوجة ، وخلاصة ما جاء فى هذا القانون خاصاً بهذا الموضوع كما يؤخذ من المواد : ٤ ، ٥ ، ٦ وما صدر من منشورات وزارية موضحة له :

١ — أن الزوج إن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى هذا المال حاضراً كان الزوج أو غائباً ، ولا حق للزوجة حينئذ فى طلب التفريق ، ويقوم مال الكفيل بالنفقة مقام مال الزوج إذا كان ظاهرا يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه .

٢ — وإن لم يكن للزوج مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه وكان حاضراً وطلبت الزوجة تطليقها منه لعدم الإنفاق عليها فإن ادعى الإعسار وصدقته الزوجة أو أثبتت إعساره بالبينة ففى هاتين الحالتين يمهله القاضى مدة لا تزيد على شهر ، فإن لم ينفق فى هذه المدة طلق القاضى عليه بعد ذلك ، وإن اعترف بأنه موسر أو سكت عن بيان حاله أو قال إنه معسر ولم يستطع إثباته بطريق من طرق الإثبات ، وأصر على عدم الإنفاق وأصرت الزوجة على طلب التطليق طلق عليه القاضى فى الحال ،لأن امتناعه عن الإنفاق فى هذه الحالات الثلاث دليل على أنه يقصد العنت والإضرار بزوجته فلا فائدة فى إمهاله فيطلق عليه القاضى فى الحال ،أما فى الحالتين الأوليين اللتين يثبت فيهما إعساره فإن الظاهر من حاله أنه غير متعنت

ولا يقصد الإضرار بزوجته وأنه لم يمنعه من الإنفاق عليها إلا عجزه فيمهل مدة لا تزيد على شهر لعل الله يبدل عسره يسرا .

٣ — وإن لم يكن له مال ظاهر وكان غائباً فإن كانت الغيبة قريبة بأن كان فى مكان يسهل وصول الإعلان إليه فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام أعلن بما تدعيه الزوجة وحدد له القاضى أجلا بقدر ما يراه ، ويقول له : إما أن ترسل ما تنفق منه زوجتك ، وإما أن تحضر للإنفاق عليها ، فإذا مضى الأجل ولم يرسل ما تنفق منه الزوجة أو لم يحضر للإنفاق عليها وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل ما دامت الزوجة مصرة على طلب التطليق .

ومثل الغائب غيبة قريبة المسجون إذا طلبت زوجته التطليق منه لعدم إنفاقه عليها وعدم وجود مال ظاهر له فإن القاضى لا يطلقها إلا بعد أن يضرب له أجلا ويعلنه بأنه إذا لم تصل زوجته النفقة الواجبة لها عليه فى هذه المدة طلقها عليه .

وإن كانت الغيبة بعيدة بأن كان فى مكان لا يمكن وصول الإعلانات إليه فى مدة تسعة أيام أو لا يعرف محل إقامته أو كان مفقوداً لا يعلم أحى هو أم ميت طلق عليه القاضى بدون ضرب أجل ولا إنذار متى أثبتت الزوجة وقائع دعواها .

والطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب عدم الإنفاق طلاق رجعى إذا كان بعد الدخول ، فللزوج أن يراجع زوجته إذا أزال السبب الذى كان من أجله التطليق بأن يثبت يساره وقدرته على الإنفاق إذا كان التطليق للإعسار ويبدى استعداده للإنفاق إن كان التطليق للامتناع مع القدرة على الإنفاق ، فإن لم يتوافر ذلك

لم تصح الرجعة ، وقد جرى العمل فى المحاكم على أنه لا يكتفى بقول الزوج إنه مستعد للإنفاق على زوجته بل لا بد من دفع النفقة المطلوبة منه حالا ، فإن لم يدفع لا يحكم بصحة الرجعة .

الفصل الثانى

التفريق للعيب

اختلفت آراء الفقهاء فى جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيب اختلافا كبيراً . فذهب بعضهم إلى أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين بأى عيب كان وسواء أكان العيب بالزوج أم الزوجة ، وهو مذهب أهل الظاهر لأنه لم يصح فى نظرهم ما يصلح للاستدلال به على جواز التفريق بين الزوجين إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً ، وقد انتصر لهذا الرأى الشوكانى فى كتابه نيل الأوطار ، حيث قال — بعد أن أورد الآثار التى جاءت فى هذه المسألة — « ومن أمعن النظر لم يجد فى الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء » .

وذهب أكثر الفقهاء إلى أنه يجوز طلب التفريق بسبب العيب ولكنهم اختلفوا فى موضعين : (الأول) أن الحق فى طلب التفريق بسبب العيب هل يثبت لكل من الزوجين أو يثبت للزوجة فقط ؟ (الثانى) فى العيوب التى يثبت بها حق طلب التفريق .

أما الأول فقد رأى الحنفية أن حق التفريق لا يثبت للزوج وإنما يثبت للزوجة فقط ، لأن الزوج يمكنه أن يدفع الضرر عن نفسه بما جعله الله فى يده من الطلاق ، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق فى طلب التفريق لأنها لا تملك الطلاق .

ورأى الأئمة الثلاثة أن هذا الحق يثبت للزوج كما يثبت للزوجة وذلك فيما إذا وجد الزوج زوجته معيبة بعيب تناسلى يمنع الاتصال بها اتصالا جنسياً كالرتق والقرن[١] أو وجدها معيبة بالجنون أو الجذام أو البرص ، لأن الزوج يتضرر بهذه العيوب ولا تستقيم المعاشرة الزوجية مع وجودها فيكون له الحق فى الفرقة بسببها كالزوجة ، وهو رأى وجيه وسديد .

وأما الثانى فللفقهاء فيه آراء ثلاثة : (الأول) وهو رأى أبى حنيفة وأبى يوسف أن المرأة لا يكون لها الحق فى طلب التفريق إلا بواحد من عيوب ثلاثة وهى : الجب والعنة والخصاء[٢] لأن هذه العيوب تتنافى مع المقصود أصالة من الزواج وهو التوالد والتناسل ، ولأن هذه العيوب لا تقبل الزوال ولا سبيل إلى الخلاص من الضرر المترتب عليها إلا بالتفريق ، فإذا لم يفارق الزوج زوجته بالطلاق قام القاضى مقامه متى طلبت الزوجة ذلك ، لأن امتناعه عن الطلاق يعد ظلما ، والقاضى إنما جعل لرفع المظالم .

والثانى : وهو رأى محمد بن الحسن والأئمة الثلاثة أن التفريق يجوز بسبب عيب من هذه العيوب الثلاثة ويجوز أيضا بسبب الجنون والجذام والبرص ، لأن الضرر الناشىء عن هذه العيوب يفوق الضرر الناشى عن الجب والعنة والخصاء ، لأنها من الأمراض المعدية والمنفرة عادة والتى لا تستقيم الحياة الزوجية معها ، فإذا ثبت حق التفريق بتلك العيوب ثبت بهذه العيوب أيضاً بالطريق الأولى .

---

(١) الرتق « بفتح التاء » انسداد والتحام موضع اتصال الرجل بالمرأة اتصالا جنسياً ، والقرن « بفتح القاف والراء » غدة تمنع الاتصال الجنسى .

(٢) الجب استئصال عضو التناسل ، والعنة عدم القدرة على الاتصال الجنسى لضعف أو كبر سن أو مرض . والخصاء نزع الخصيين فقط .

والثالث : وهو رأى شريح وابن شهاب الزهرى وأبى ثور ، أن كل عيب بأحد الزوجين ينفر منه الآخر ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة يوجب الخيار للآخر ، وقد اختار هذا الرأى ابن القيم وانتصر له ، فقال : إن الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساولها لا وجه له ، فالعمى والخرس والطرش ، وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو إحداها أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش ، وهو مناف للدين ، والإطلاق فى العقد انما ينصرف إلى السلامة فهى كالمشروط عرفا ، وقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم ، وخيِّرها فماذا يقول رضى الله عنه فى العيوب التى هذا (أى العقم) عندها كمال بلا نقص ، والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل معه مقصود الزواج من الرحمة والمودة يوجب الخيار ، ومن يتدبر مقاصد الشرع فى مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة(١) .

وقد اتفق القائلون بالتفريق بسبب العيب على أن الفرقة تتوقف على قضاء القاضى لحاجتها إلى قول يقطع المشاحنة ويرفع النزاع ، ثم اختلفوا فى أنها طلاق أو فسخ فقال الحنفية : إنها طلاق بائن وهو قول مالك ، لأن فعل القاضى يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه ، وإنما جعل بائنا لأن المقصود من التفريق هو دفع الضرر عن المرأة ولا يحصل إلا بالطلاق البائن ، إذ لو كان رجعياً لأمكن الزوج أن يراجعها قبل انقضاء العدة فيعود الضرر ثانياً . وقال الشافعى وأحمد : إنها فسخ لأن الفرقة من جهة الزوجة ، والفرقة إذا كانت من جهة الزوجة تعتبر فسخاً

---

(١) زاد المعاد جـ ٤ ص ٣١

لا طلاقا ، ويظهر أثر هذا الخلاف فى نقصان عدد الطلاق وعدمه . فعند من يقول : إن هـذه الفرقة طلاق ينقص بهـا عدد الطلاق ، وعند من يقول : إنهـا فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق(١) .

هذه هى آراء الفقهاء فى التفريق بين الزوجين بسبب العيب ووجهة كل منهم فيما ذهب إليه ، وقد كانت المحاكم قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تعمل بالراجح من مذهب أبى حنيفة ، ومذهبه — كما قدمنا — لا يعطى الحق فى طلب التفريق للعيب إلا للزوجة ، ولا يعطيهـا هـذا الحق فى كل عيب بل فى العيوب التناسلية فقط وهى : الجب والعنة والخصاء .

فإذا تزوجت المرأة ووجدت زوجها مجبوباً كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضى طالبة التفريق بينها وبينه ، فإن أثبتت ما تدعيه بطريق من طرق الإثبـات أمر القاضى الزوج أن يطلقها فى الحال ، فإن لم يطلقها قام القاضى بتطليقها نيابة عنه . دفعا للضرر الذى قد يلحقها من جراء هذا العيب .

وإذا وجدته عنينا أو خصيا ولم يستطع الاتصال بها اتصالا جنسيا كان لهـا أيضا أن ترفع الأمر إلى القاضى طالبة التفريق بينها وبينه ، فإذا رفعت الأمر إلى القاضى وطلبت التفريق لهذا السبب فإن اعترف الزوج بما تدعيه الزوجة لا يفرق القاضى بينهما فى الحال كما فى الجب ، بل يؤجله سنة(٢) لما روى عن عمر بن الخطاب

---

(١) وقد اختـارت لجنة الأحوال الشخصية رأى الشـافعى وأحمد فنصت فى المادة (١٤٧) من المشروع على أن « التفريق للعيب فسخ » .

(٢) وقد اختلف فقهاء الحنفية فى هذه السنة ، فقال بعضهم إنها سنة قمرية ، عدد أيامها ٣٥٤ يوما تقريبـا ، وهو الرواية الظـاهرة فى مذهب الحنفية ، لأن التأجيل إلى سنة مروى عن عمر وبعض الصحابة رضى الله عنهم ، والمعهود عندهم =

أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولا ، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ، ففرق بينهما وجعلها تطليقة بائنة ، وروى مثل ذلك عن عبد الله بن مسعود وكذلك عن على وكان قضاؤهم بمحضر من الصحابة ولم ينقل أن أحدا منهم أنكر عليهم فيكون إجماعا(١) ولأن العجز عن الاتصال الجنسى قد يكون لعيب فى أصل الخلقة لايرجى زواله ، وقد يكون لعلة طارئة تزول بتغير الفصول التى تشتمل عليها السنة ، فبمرور السنة يتبين ما إذا كان العجز لآفة فى أصل الخلقة أو لسبب طارىء .

وابتداء هذه السنة من يوم الخصومة إذا لم يكن هناك ما يمنع الزوج من الاتصال بزوجته كالمرض ونحوه فإن وجد ما يمنع منه احتسبت السنة من الوقت الذى يزول فيه المانع ولا يحسب من السنة الأيام التى تغيبت فيها الزوجة لأن المانع حينئذ من جهتها فكان غيابها عذرا فلا تحتسب أيامه على الزوج ، وكذلك لو مرضت الزوجة مرضا لا تستطيع معه المعاشرة .

فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلب التفريق لاستمرار عجز الزوج فإن اعترف الزوج بأنه لم يقربها أمره القاضى بتطليقها فإن لم يفعل طلقها عليه ، وإن ادعى أنه اتصل بها فى أثناء السنة فإن كانت المرأة ثيبا حين العقد عليها فالقول قوله مع يمينه ، لأن الظاهر يشهد له إذ الأصل فى الإنسان

= فى التقدير هو السنة القمرية ، وقال بعضهم إنها سنة شمسية عدد أيامها ٣٦٥ يوما وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة . لأن السنة الشمسية تزيد عن القمرية أحد عشر يوما وتشتمل على الفصول الأربعة كاملة فيجوز أن يعتدل طبعه ويصلح حاله فى هذه المدة فيجب اعتبارها « فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٦ »

(١) البدائع ح ٢، ص٣٢٢ فتح القدير ج ٣ص ٢٦٣ .

السلامة من العيوب ، والقول لمن يشهد له الظاهر . فإن حلف رفضت دعوى الزوجة ، وإن امتنع عن الحلف خيرها القاضى بين البقاء معه على هذه الحال وبين الفرقة . فإن اختارت الفرقة فرق بينهما ، وكان تفريقه طلاقا بائنا ، وإن كانت بكرا حين العقد عليها طلب القاضى عرضها على أهل الخبرة من الأطباء ، فإن ثبت بالكشف عليها أنها ثيب كان القول قول الزوج مع يمينه لشهادة الظاهر له ، وإن ثبت أنها لا تزال بكرا طلقها القاضى إن اختارت الطلاق .

هذا إذا اعترف الزوج بما تدعيه الزوجة أما إذا أنكر ما تدعيه وقال إنه اتصل بها اتصالا جنسيا بعد الزواج ، فإن كانت الزوجة ثيبا حين العقد عليها فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الأصل فى الإنسان السلامة فكان الظاهر شاهدا له ، والقول لمن يشهد له الظاهر . وإن كانت بكرا حين العقد عليها طلب القاضى الكشف عليها، فإن ثبت أنها لا تزال بكرا أجله القاضى سنة كما تقدم . فإن جاءت بعد السنة وطلبت التفريق لعجزه عن الاتصال بها اتصالا جنسيا أعيد الكشف عليها مرة ثانية فإن تبين أنها لا تزال بكرا خيرها القاضى فإن اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج أن يطلقها ، فإن لم يفعل طلق عليه لامتناعه عن رفع الظلم عن الزوجة فيقوم القاضى برفعه عنها بتطليقها منه ، وإن تبين أنها ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه . لأن الظاهر يشهد له ، والقول قول من يشهد له الظاهر .

والحكمة من التأجيل سنة فى العنة والخصاء دون الجب أن المجبوب لا يرجى منه الاتصال بزوجته فى المستقبل فلا يكون هناك فائدة فى التأجيل ، أما العنين والخصى فيحتمل أن يكون العجز فيهما لعارض يرجى زواله والأطباء كثيراً ما يختلفون ولا يقطعون برأى فى هذا الموضوع فكان التأجيل أوثق لبناء التطليق على عيب مستحكم لا على سبب طارىء قد يزول قريباً .

شروط التفريق بالجب والعنة والخصاء :

وقد اشترط الحنفية للتفريق بالجب والعنة والخصاء ما يأتى :

١ — ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند الزواج ، فلو تزوجته وهى تعلم بحاله لا يكون لها حق طلب التفريق ، لأن إقدامها على الزواج مع علمها بحاله يعتبر رضا منها وإسقاطا لحقها فى الاتصال الجنسى .

٢ — ألا يوجد من الزوجة بعد الزواج وعلمها بالعيب الرضا به صراحة ، فلو تزوجته ولم تكن تعلم بالعيب ثم علمت به ورضيت بالبقاء معه على تلك الحال صراحة لم يكن لها بعد ذلك أن تطلب التفريق بينها وبينه ، أما إذا مكثت مع الزوج زمناً ولم تصرح برضاها بالبقاء معه على تلك الحال فلا يكون سكوتها رضا بالعيب ويكون لها الحق فى طلب التفريق .

٣ — ألا يكون الزوج قد اتصل بالزوجة اتصالا جنسيا بعد العقد ، فإن كان اتصل بها ولو مرة واحدة ثم عجز عن قربانها لعيب من هذه العيوب فلا يكون لها حق طلب التفريق لأن الزوج لايجب عليه قضاء — عند الحنفية — الاتصال بزوجته إلا مرة واحدة ومازاد على ذلك لايؤمر به قضاء بل ديانة فإذا اتصل بها بعد العقد ولو مرة واحدة لم يبق لها حق الاتصال الجنسى مدى الحياة الزوجية فلا يكون لها أن تطلب التفريق بطروء العجز الجنسى على الزوج بعد ذلك (١) .

٤ — ألا يكون فى الزوجة عيب يمنع الاتصال بها اتصالا جنسياً كالرتق

(١) البدائع ج ٢ ص ٣٢٥ ، ٣٣١ ، البحر الرائق ج ٣ ص ٢٣ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٠٨ .

والقرن ، فلو وجد فيها هذا العيب لم يكن لها الحق فى طلب التفريق لأنه لاحق لها فى الاتصال الجنسى فلا يكون الزوج ظالماً فى إمساكها حتى يؤمر برفع الظلم عنها بطلاقها .

هذا ما كانت تعمل به المحاكم قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أما بعد صدور هذا القانون فإن حق طلب التفريق للعيب لم يبق مقصوراً على هذه العيوب الثلاثة بل أصبح ثابتاً بهذه العيوب وبكل عيب مستحكم لا يمكن الزوجة البقاء معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص وما أشبهها أخذاً بمذهب محمد بن الحسن والأئمة الثلاثة وبخاصة مذهب مالك وهذه هى مواد القانون الخاصة بهذا الموضوع :

المادة التاسعة — للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق

المادة العاشرة — الفرقة بالعيب طلاق بائن .

المادة الحادية عشرة — يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

ومن هذه المواد يتبين أن القانون قد توسع فى العيوب التى تبيح للزوجة طلب التفريق فأجاز لها طلب التفريق للعيوب المنفرة أو الضارة التى لا يرجى الشفاء منها أو يطول زمن الشفاء منها ولم يحصرها فى عدد معين ، وهذا الحكم يتفق مع ما روى عن شريح وابن شهاب الزهرى وأبى ثور كما تقدم ، وهو مسلك حميد

من واضعى القانون ، فمن الواضح أن إرغام الزوجة على البقاء مع زوج مصاب بمرض من الأمراض المنفرة أو الضارة التى يستحيل الشفاء منها أو يمكن بعد زمن طويل من شأنه أن ينغض عليها حياتها ويقلبها إلى شقاء دائم وقد يعرض حياتها للخطر إذا كان المرض معديا فضلا عما يصيب الأولاد من الضعف والتشويه وشتى أنواع الأمراض والعلل ، وهـذه أضرار تأباها روح التشريع الإسلامى الذى يحرص دائما على حياة الأفراد وسلامة المجتمع .

واعتبر القانون الفرقة بسبب العيب طلاقا بائناً سواء كانت قبل الدخول أم بعده ، وهو موافق لمذهب الحنفية والمالـكية كما تقدم .

واشترط القانون لجواز التفريق بالعيب ما يأتى :

١ — أن يكون العيب مستحكما لا يرجى الشفاء منه أو يمـكن الشفاء منه ولـكن بعد زمن طويل ، فلو كان العيب قريب الزوال فلا يجوز التفريق .

٢ — ألا يمـكن المقام مع وجود العيب إلا بضرر يلحق الزوجة ، وقد مثل القانون لهذا بالجنون والجذام والبرص ، ويلحق بهذه العيوب الثلاثة ما يماثلها فى الضرر واستحالة الشفاء أو طول زمنــــــه ، ويستعان بأهل الخبرة من الأطباء الإخصائيين فى تعرف هذه العيوب ومقدار ما فيها من ضرر واستحكام ، لأنهم هم الذين يعرفون مدى استحكام المرض ومدى الضرر الذى يلحق الزوجة وأولادها.

٣ — ألا تعلم المرأة بالعيب عند العقد ، فلو كان العيب موجوداً وقت العقد وعلمت به المرأة فلا يكون لها حق طلب التفريق بسببه ، وكذلك لو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها به .

ولـكن يلاحظ على القانون مايأتى :

١ — أنه أبقى حق طلب التفريق بسبب العيب للزوجة وحدها ، ولم يجعل

للزوج هذا الحق اكتفاء بما له من حق الطلاق كما هو مذهب الحنفية ، وكان من الخير العدول عن ذلك ومنح الرجل هذا الحق أيضاً ، كما هو مذهب الأئمة الثلاثة، لأن الرجل إذا وجد زوجته معيبة بعيب يمنع من معاشرتها أو يلحق بها ضرراً كالزهرى والسل ونحوهما يتضرر كما تضرر الزوجة تماماً فلا وجه للتفرقة بينهما فى الحكم .

أما الاعتذار عن هـذا بأن الزوج يستطيع أن يتخلص من الزوجة بالطلاق إذا وجد بها عيباً فهو اعتذار غير مستقيم ، لأن الطلاق يترتب عليه خسارة مالية للزوج فما الذى يجبره على تحمل هـذه الخسارة ، والفرقة جاءت بسبب من جهة الزوجة .

٢ — أنه اعتبر المرض الذى يرجى الشفاء منه بعد زمن طويل من العيوب التى يجوز للزوجة طلب التفريق بسببها ولـكنه لم يحـدد الزمن الذى يعتبر طويلا إذا استمر المرض بالشخص، وترك تقدير ذلك إلى أهل الخبرة وهم الأطباء ، وكان من المستحسن أن يحدد له زمناً لأن عدم التحديد ينشأ عنـه خلاف بين قضاة المحاكم ثم بين المتقاضين أنفسهم .

وإذا رئى تحديد هـذا الزمن فينبغى أن يحدد بسنة استناداً إلى ما ورد من تأجيل العنين سنة ، وإلى ما نص عليه المالـكية من تأجيل المجـذوم والمبرص سنة إذا رجى برؤه[1] .

٣ — أن هذا القانون خاص بالتفريق بالعيوب الجسمية كالجنون والجذام ونحوهما أما العيوب التناسلية وهى الجب والعنة والخصـاء فلا ينطبق عليها هـذا

---

(١) الشرح الـكبير للدرديرى مع حاشية الدسوقى حـ ٢ ص ٢٧٩ .

القانون والعمل فيها باق كما هو على مذهب الحنفية . وهو لا يعطى الزوجة الحق فى طلب التفريق إذا طرأ عيب من هذه العيوب بعد العقد والدخول بالزوجة لأنهم يرون أن الزوج لا يجب عليه قضاء أن يواقع زوجته إلا مرة واحدة مدى الحياة الزوجية ، فإذا اتصل الرجل بزوجته اتصالا جنسياً بعد الزواج ثم طرأ عيب جعله لا يقدر على الاتصال بزوجته لم يكن لها حق فى طلب التفريق بهذا السبب كما تقدم .

وكان من الواجب أن يجعل للزوجة الحق فى طلب التفريق بسبب حدوث هذه العيوب كما جعل لها هذا الحق فى العيوب الجسمية إذا حدثت بعد العقد ولم ترض بها صراحة أو دلالة ، لأن قول الحنفية فى هذه المسألة لا يتفق مع الحكمة التى لأجلها شرع الزواج وهى التناسل وصيانة الأعراض وسد باب الشر والفساد ، وبهذا يتحقق الانسجام بين هذا القانون وبين القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذى يجيز للمرأة حق طلب التفريق إذا حبس زوجها أو غاب عنها سنة أو أكثر وخشيت على نفسها الفتنة والوقوع فى الزنا فإن بقاء الرجل معها مع عجزه عن قربانها يثير فى نفسها دواعى الشهوة أكثر من مغيبه عنها . وقد يدعوها ذلك إلى الحقد عليه وكراهته والعمل على التخلص منه أو الخروج عن جادة الصواب وهى أمور تحول دون السعادة الزوجية والسكن النفسى والمودة والرحمة التى أرادها الشارع الحكيم من تشريع الزواج .

وقد أحست بهذا النقص لجنة الأحوال الشخصية فأعطت الزوجة الحق فى طلب التفريق بسبب العجز الجنسى الطارىء والمبتدأ ، نصت على ذلك فى المادة (١٢٩) من المشروع الذى وضعته وعبارتها كما يأتى :

« إذا كان الضرر المدعى سببه العنة المبتدأة أو الطارئة ولم يتيسر الإصلاح

بين الزوجين بالتحكيم قبل رفع الدعوى وبعدها ، ولم يقترح الحكمان التفريق بينهما اتبعت المحكمة فى التأجيل وإجراءات الإثبات مذهب أبى حنيفة » .

الفصل الثالث

التفريق للضرر وسوء العشرة

المراد بالضرر الذى يبيح للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها من أجله إيذاء الزوج إياها بالقول أو بالفعل كأن يضربها ضرباً مبرحاً أو يشتمها شتما مقذعاً أو يحملها على فعل ما حرم الله أو يهجرها فى الفراش أو يعرض عنها من غير سبب يبيحه وما أشبه ذلك من ضروب الإيذاء .

ولم يكن التفريق بهذا السبب سائغاً قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث كان العمل يجرى على مذهب أبى حنيفة وهو لا يرى التفريق بسبب الضرر مهما كان شديداً لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق وذلك بأن ترفع الأمر إلى القاضى فيأمره بحسن معاشرتها وعدم إيذائها فإن لم يمتثل أدبه بما يراه كفيلا بحمايتها ولو بالحيلولة بينه وبينها حتى يرجع عن ظلمه ، ولكن هذا القانون أجاز للزوجة أن تطلب من القاضى التفريق بينها وبين زوجها إذا أذاها وأساء إليها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها ومن هما فى طبقتهما ومنزلتهما الاجتماعية ، أخذاً بمذهب الإمام مالك ، ونعم ما فعل ، فإن العشرة بين الزوجين إذا ساءت كانت مجلبة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداهما إلى ذريتهما وإلى كل من له بهما علاقة بقرابة أو مصاهرة ، وبها تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاء مما يتحتم معه خلاصهما من هذا الشقاء وذلك بإزالة أسبابه أو قطع هذه الصلة التى تنبعث منها هذه الآلام ليجد كل من الزوج والزوجة سبيله إلى حياة كريمة .

فإذا ادعت الزوجة أن زوجها يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها ولا يستطاع معها دوام العشرة وطلبت من القاضى تطليقها منه لهذا الضرر فإن أثبتت صحة دعواها طلقها منه ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وإن عجزت عن إثبات الضرر الذى ادعته رفض القاضى دعواها ، فإن جاءت وكررت شكواها وعجزت عن الإثبات وجب على القاضى أن يعين حكمين بينها وبين زوجها ، حكماً من أهله وحكما من أهلها ، لأن الأقارب أعرف ببواطن الأمور من غيرهم والزوجان يطمئنان إليهما ويظهران لهما ما فى نفوسهما من الحب أو البغض والرغبه فى الفرقة أو بقاء الزوجية ، فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى أجنبيين ممن لهما خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلاف بينهما ، وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح بينهما ، فإن أمكنهما الإصلاح بينهما على طريقة معينة قرراها ورفعا الأمر إلى القاضى ليقر ما اتفقا عليه ، ويأمر الزوجين بحسن العشرة ودوام الألفة والمحبة ، وإن عجز الحكمان عن الإصلاح ولم يقدرا على إزالة أسباب الخلاف ، وثبت لهما أن الإساءة من الزوج أو منهما أو أشكل عليهما الأمر قررا التفريق بينهما بالطلاق ، وإن ثبت أن الإساءة من الزوجة فلا تطلق، حتى لا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر .

وإذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما . والطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على الضرر الذى أثبتته الزوجة أو بناء على تقرير الحكمين طلاق بائن ، لأن الضرر لا يزول إلا بالبينونة

فإنه إذا لم يكن بائناً استطاع الزوج مراجعتها قبل انقضاء العدة فلا تتخلص الزوجة من الضرر والظلم .

وهـذه هى نصوص المواد المتعلقة بهذا الموضوع من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

المادة السادسة — إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا تستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تـكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين ، وقضى على الوجه المبين فى المواد « ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ».

المادة السابعة — يشترط فى الحـكمين أن يـكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمـكن وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهمـا وقـدرة على الإصلاح بينهما .

المادة الثامنة — على الحـكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح فإن أمـكن على طريقة معينة قرراها .

المادة التاسعة — إذا عجز الحـكمان عن الإصـلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة .

المادة العاشرة — إذا اختلف الحـكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

المادة الحادية عشرة — على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه .

ويلاحظ على هذا القانون أنه قصر قرار الحكمين بالتفريق للإساءة على

ما إذا كانت الإساءة من الزوج أو منهما معا أو جهل مصدرها، وأهمل الإساءة إذا كانت من الزوجة، ولم يأخذ فيها بمذهب مالك الذى هو مصدر هذا القانون، ومذهبه يقضى بأن الحكمين إذا تحقق لهما أن الإساءة من الزوجة كان لهما الخيار فى أن يبقيا على الحياة الزوجية ويأتمنا الزوج عليها ويأمراه بالصبر وحسن المعاشرة إن رأيا فى ذلك صلاحا، أو يخلعاها منه نظير مال يلزمانها به إن علما أنها لاتستقيم معه أو أحب الزوج الفراق، ويجوز أن يكون هذا المال أكثر من الصداق الذى أخذته.

وقد علل واضعوا مشروع القانون العدول عن الأخذ بمذهب مالك فى هذه الحالة — كما جاء فى المذكرة الايضاحية — بأن الأخذ برأى مالك فى هذه الحالة يكون داعيا لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية، وهو تعليل غير مستقيم، لأن الأخذ برأى مالك سيلزم الزوجة بتعويض تدفعه للرجل قد يكون فى بعض الأحوال أكثر من الصداق الذى أخذته، وإلزامها بالتعويض يقف فى سبيل إغرائها بالمشاكسة، ومع ذلك فإنه لافائدة فى بقاء زوجية تكون المرأة نافرة منها (١).

---

(١) وها هى قضية تتصل بموضوع التطليق للضرر تتلخص فى أن امرأة رفعت دعوى تطلب فيها الحكم لها على زوجها بالتطليق بائنا لدخوله بها منذ تسع سنوات وهجره إياها فى مضجعها من سبع سنوات وأنها شابة تخشى على نفسها الفتنة، وقد قضت المحكمة بطلاقها لهذا السبب، واستندت فى ذلك إلى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وقالت: ان هذه المادة قد أجازت التطليق للضرر، وهو عام. وقد ادعت المدعية ضرراً خاصا من أفراد هذا العام وهو ذلك الهجر، وقررت ما يأتى. =

وقد لاحظت لجنة الأحوال الشخصية هذا العيب فاقترحت فى مشروع القانون الذى وضعته ما يأتى:

« وإذا عجز الحكمان عن الإصلاح ، فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج ، والزوجة هى طالبة التفريق ، أو كان كل منهما طالبا اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة وإلزام الزوج بجميع حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق أما إذا كان الزوج هو طالب التفريق اقترحا رفض الدعوى ، وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه ، تدفعه الزوجة وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق بدون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة . وإن جهل الحال فلم يعرف المسىء منهما ، فإن كان الزوج هو الطالب اقترحا رفض دعواه ، وإن كانت الزوجة هى الطالبة أو كان كل منهما طالبا التفريق اقترح الحكمان تفريقا دون بدل (مادة ١٢٦٥) .

الفصل الرابع

التفريق للغيبة

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة وتضررت بغيبته عنها وخشيت على نفسها الفتنة فهل يجوز لها طلب التفريق لهذا السبب ؟ اختلفت آراء الفقهاء فى ذلك ، فذهب الحنفية والشافعية إلى أن الغيبة لا تكون سببا للتفريق بين الرجل وزوجته

= (١) الهجر فى المضجع مدة لا تحتملها الزوجة يبيح التطليق .

(٢) المناط فى التطليق بسبب الضرر هو وقوع ذلك الضرر ، ولا دخل لكونه باختيار الزوج أو قهرا عنه ، ولا يمنع من التطليق توقع زوال الضرر مادام الضرر قد وقع فعلا .

(محكمة شبين القناطر الشرعية فى ٨ أكتوبر سنة ١٩٣٢ ، والمنشور فى مجلة المحاماة ص ٢٣٨ — ٢٢٩ س : ٤ .

وإن طالت ، لانعدام ما يصلح أن يبنى عليه التفريق بينهما ، وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق للغيبة إذا طالت وتضررت بها الزوجة ، ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه مدة غيبته لأن إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية فى الأعم الأغلب وهو ضرر بالغ يجب رفعه ، وذلك بالتفريق بين الغائب وزوجته إن أبى أن يحضر إليها أو ينقلها إلى البلد الذى يقيم فيه .

إلا أن المالكية أجازوا التفريق للغيبة مطلقا ولم يفرقوا فى الحكم بين الغيبة التى تكون لعذر كطلب العلم والتجارة والتى لا تكوز لعذر ، وجعلوا حد الغيبة الطويلة سنة على القول المعتمد عندهم ، فإذا غاب الزوج وكان فى مكان معلوم تصل إليه الرسائل أعذر إليه القاضى بأن يحضر أو ينقل زوجته إليه أو يطلق فى مدة يحددها له بحسب ما يرى ، فإن فعل وإلا طلق عليه القاضى بعد مضى المدة التى حددها له ، أما إن كان فى مكان مجهول أو لا تصل إليه الرسائل فإن القاضى يطلق فى الحال بدون إعذار وضرب أجل (١) .

أما الحنابلة فإنهم لا يجيزون التفريق للغيبة إلا إذا كانت بدون عذر ، فإن كانت لعذر فلا يجوز التفريق بسببها ، وجعلوا حد الغيبة الطويلة ستة أشهر ، وذلك أخذا من عمل عمر رضى الله تعالى عنه ، فقد روى أنه سأل ابنته السيدة حفصة أم المؤمنين رضى الله عنها فقال : يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت سبحان الله ، مثلك يسأل مثلى عن هذا ؟ فقال : لولا أنى أريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت : خمسة أشهر أو ستة ، فوقت للناس فى مغازيهم ستة أشهر ، وهذه الفرقة عندهم فسخ لا طلاق (٢) .

---

(١) الشرح الكبير للديرى مع حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٤٣١ .

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٣٤ .

وقد كان عمل المحاكم فى مصر يجرى على عدم التفريق للغيبة بناء على مذهب الحنفية إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأجاز التفريق للغيبة أخذا بمذهب المالكية والحنابلة ، ونص فى المادة (١٢) منه على أنه « إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » ونص فى المادة (١٣) على أنه « إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ، ولم يبد عذراً مقبولا فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إليه طلقها عليه القاضى بلا إعذار وبلا ضرب أجل » .

ويؤخذ من هاتين المادتين أن القانون شرط لجواز التفريق بالغيبة أن لا تكون لعذر ، وهو مأخوذ من مذهب أحمد بن حنبل. وعلى هذا لو غاب الزوج فى بعثة علمية أو تجارة أو لسفارة مثلا فلا يجوز التفريق بينه وبين زوجته لهذه الغيبة وأنه جعل حد الغيبة الطويلة سنة واعتبر الفرقة بسبب الغيبة طلاقاً بائناً وهو مأخوذ من مذهب الإمام مالك مخالفاً فى ذلك مذهب الإمام أحمد الذى حدد أقصى مدة الغيبة التى تتحملها المرأة بعيدة عن زوجها بستة أشهر واعتبر الفرقة بسبب الغيبة فسخا لا طلاقاً .

الفصل الخامس

التفريق لحبس الزوج

التفريق لحبس الزوج لم يكن أيضاً معمولا به فى المحاكم قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لأن العمل فيها كان يجرى على مذهب الحنفية وهو لا يجيز التفريق للغيبة ولا للحبس ، ولما صدر هذا القانون عدل عن العمل بمذهب الحنفية فى هذه الحالة وأخذ بمذهب المالكية الذى يجيز التفريق لغيبة الزوج سنة فأكثر سواء كانت بعذر أو بغير عذر فنصت المادة (١٤) منه على أن « لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » .

فإذا حكم على الزوج بالحبس ثلاث سنين فأكثر بحكم نهائى كان لزوجته بعد مضى سنة من تاريخ القبض عليه وحبسه أن تطلب إلى القاضى التطليق عليه بائنا للضرر ، والقاضى يحكم لها بذلك ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

ومما يلاحظ هنا أن القانون أخذ فى المحبوس بمذهب مالك وترك الأخذ بمذهب أحمد بن حنبل الذى لا يجيز التفريق للغيبة إذا كانت بعذر على العكس مما فعل فى الغائب حيث أخذ فيه بمذهب أحمد ولم يأخذ بمذهب مالك ، ولعل السر فى ذلك أن المشروع رأى أن المحبوس فى الكثير الغالب إنما يحبس لجريمة ارتكبها فلا يكون جديراً بالعطف والرحمة بل المناسب فى حقه التشديد ، زجرا له ولأمثاله عن الجريمة ودفعا للضرر عن الزوجة .

وأنه اشترط لجواز طلب التفريق مضى سنة من تاريخ القبض على الزوج

وحبسه وذلك لكى تمضى مدة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلا ، لأن الفرقة للحبس إنما هى للضرر الواقع بالفعل وليست للضرر المتوقع .

كما اشترط أن تكون مدة الحكم ثلاث سنين حتى تكون يائسة من عودة الزوج عودة قريبة فيستحكم الضرر إن بقيت إلى نهاية المدة .

وأن المراد بالسنة الواردة فى القانون هى السنة الشمسية التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما كما نص على ذلك فى المادة (٢٢) من هذا القانون وهذا هو نصها « المراد بالسنة فى المواد (من ١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً » ولولا هذا النص لكان المراد بها السنة القمرية التى عدد أيامها ٣٥٤ يوماً لأنها الأصل فى التقدير الإسلامى .

هذا ، وقد أضافت لجنة الأحوال الشخصية إلى التفريق بواسطة القضاء التطليق بسبب الإيلاء الذى أشرنا إليه فيما تقدم ، والتطليق لتعدد الزوجات ، وهو حكم جديد استنبطته اللجنة من الأدلة الشرعية لتعالج به المساوىء والأضرار التى تنشأ عن التعدد ، فأجازت للزوجة التى يتزوج عليها زوجها — وإن لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها — أن تطلب التفريق بينها وبينه فى مدى شهرين من تاريخ علمها بالزواج ما لم ترض به صراحة أو دلالة ، وأعطتها هذا الحق كلما تزوج بامرأة أخرى ، كما أنها أجازت للزوجة الجديدة أن تطلب التفريق إذا كانت قد فهمت من الزوج أنه غير متزوج بسواها ، ثم ظهر أنه متزوج ، واعتبرت التفريق للزواج بامرأة أخرى طلاقا بائنا .

إلى هنا ينتهى ما أردنا كتابته فى الفرق التى ينتهى بها عقد الزواج ويحسن قبل أن نختم الكلام فى هذا الموضوع أن نعرض لنوع من التصرف لا يعتبر

طلاقا ولا فسخا ولكنه إذا صدر من الزوج كان محرماً للزوجة عليه إلى أن يوجد ما ينتهى به هذا التحريم ، وهذا التصرف هو ما يسمى فى الشريعة « بالظهار » وسنقصر الكلام فيه على بيان معناه وتقسيمه باعتبار صيغته ، وحكمه .

الظهار

معنى الظهار

الظهار هو أن يشبه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد ، أو بجزء منها يحرم عليه النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ ، كأن يقول لها : أنت على كظهر أمى أو أختى ، أو أنت كظهر أمى أو أختى بدون أن يذكر كلمة على .

فلو شبه زوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤقتا لم يكن ظهارا ، كأن يقول لها : أنت على كظهر أختك أو عمتك ، لأن تحريم أخت الزوجة وعمتها على الزوج ليس تحريما مؤبداً بل مؤقتاً ، وكذلك لو شبهها بجزء لا يحرم عليه النظر إليه من امرأة محرمة عليه تحريما مؤبداً كالوجه والرأس لا يكون ظهاراً .

ولو شبهها بشىء محرم عليه من غير النساء كالخمر ولحم الخنزير كأن يقول لها أنت على كالخمر أو لحم الخنزير فإنه لا يكون ظهاراً ويرجع فيه إلى نيته ، فإن قال : قصدت الطلاق كان طلاقا بائنا وإن قال : قصدت التحريم أو لم أقصد شيئا كان إيلاء ، لأنه شبهها بما هو محرم عليه فيكون كما لو قال لها « أنت على حرام » وهو لو قال لها ذلك كان الحكم فيه كما ذكرنا ، فكذا هذا[١] .

---

(١) البدائع ج ٣ ص ١٧٠ ، ٢٣٢ وفى حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٩٠ نقلا عن الخانية « إنه إذا لم ينو شيئاً لا يكون إيلاء » وهو يخالف ما قررناه عن صاحب البدائع .

أقسام الظهار باعتبار صيغته

ينقسم الظهار باعتبار صيغته إلى صريح وكناية ، أما الصريح فهو ما كان بصيغة لاتحتمل معنى آخر غير الظهار ، كقول الرجل لزوجته : أنت على كظهر أمى أو بطنها أو فخذها ، فإن معناه تحريم المرأة على الرجل كحرمه ظهر أمه أو بطنها أو فخذها عليه فينصرف إلى هذا المعنى من غير توقف على القصد والإرادة ، فلو قال الرجل هذه العبارة ثم قال : إنه لم يقصد الظهار أوقال : قصدت بها الطلاق أو الإيلاء لم يصدق فى القضاء ، وكان ظهارا .

وأما الكناية فما كان بصيغة تحتمل الظهار وغيره ، كقول الرجل لزوجته : أنت على كأمى فإنه يحتمل أنها مثل أمه فى الكرامة و المنزلة ويحتمل أنها مثلها فى التحريم ، فإن قال : قصدت أنها مثلها فى الكرامة والمنزلة لم يكن ظهاراً ولا شىء عليه ، وإن قال: أردت أنها مثلها فى التحريم ، فإن قصد تحريمها بالطلاق كان طلاقا وإن قصد تحريمها بالظهار كان ظهارا ، لأن اللفظ يحتمل كل هذه الأمور فأى واحد منها أراده كان صحيحا ، وحمل اللفظ عليه ، وإن قال لم أقصد شيئاً لا يكون ظهارا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ،لأن هذا اللفظ يحتمل الظهار وغيره على السواء فلا يتعين الظهار إلا بدليل ولم يوجد . وقال محمد : يكون ظهارا لوجود كاف التشبيه فيه ، وهى تختص بالظهار فعند الإطلاق تحمل عليه .

ومن الكناية أيضاً أن يقول الرجل لزوجته : أنت على حرام كأمى لأنه يحتمل تحريمها بالظهار وتحريمها بالطلاق فلا يثبت واحد منهما إلا بالنية ،فإن نوى الظهار كان ظهارا ، وإن نوى الطلاق كان طلاقا وإن لم ينو شيئا كان ظهارا فى الأصح ، لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه ، وهو مختص بالظهار (١)

---

(١) المبسوط ج ٦ ص ٢٢٩ ، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٥٩٣ .

حكمه

كان الناس قبل الإسلا يقول أحدهم لزوجته : أنت على كظهر أمى ، ويعدون ذلك طلاقا تحرم به المرأة على زوجها تحريماً مؤبداً ، واستمروا على هذا فى صدر الإسلام حتى ظاهر أوس بن الصامت من زوجته خولة بنت ثعلبة فذهبت إلى النبى صلى الله عليه وسلم تشكو إليه ماصنع زوجها فقالت : إن أوسا تزوجنى وأنا شابة مرغوب فى فلما كبرت سنى ونثرت له بطنى جعلنى عليه كأمه ، فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم : قد حرمت عليه ، فقالت : إن لى منه أولاداً إن ضممتهم إليه ضاعوا وإن ضممتهم إلى جاعوا . فقال : ماأراك إلا قد حرمت عليه ، فقالت : أشكو إلى الله فاقتى ووجدى ، فنزل قول الله تعالى « قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير ، الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم ، وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا ، وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم » وبهذه الآيات تغير حكم الظهار عما كان عليه فى الجاهلية وصدر الإسلام وأصبح لا يعد طلاقا ، ، لكونه منكرا من القول وزوراً ، ولكن تحرم به المرأة على زوجها فلا يحل له قربانها والاستمتاع بها بأى وجه من وجوه الاستمتاع إلا إذا كفر عما صدر منه بواحد من الأمور المنصوص عليها فى هذه الآيات تأديبا له وتغليظا عليه حيث جعل المرأة التى أحلها الله له كالمرأة التى حرمها عليه . وهذه الكفارة على الترتيب الآتى :

١ — عتق رقبة، أى رقبة كانت، مسلمة أو غير مسلمة، كبيرة أو صغيرة، وذلك لإطلاق النص الوارد فى القرآن الكريم.

٢ — صيام شهرين متتابعين بحيث لو أفطر خلالهما يوما واحدا ولو بعذر لم يعتبر ماصامه ولزمه ابتداء الصيام من جديد.

٣ — إطعام ستين مسكينا يوما واحداً، يغديهم ويعشيهم، أو يعطيهم قيمة ذلك، ويجوز عند الحنفية أن يطعم مسكينا واحدا ستين يوما أو يعطيه قيمة طعامه فى هذه المدة، لأن المقصود من النص هو سد حاجة هذا القدر من المساكين، ودفع حاجة مسكين واحد فى ستين يوما كدفع حاجة مسكينا فى يوم واحد.

فإذا فعل المظاهر الكفارة حل له أن يستمتع بزوجته، وإلا لم يجز له الاستمتاع بها، فإن استمتع بها كان عاصيا ووجب عليه أن يستغفر ربه وأن يكفر قبل أن يعود إلى الاستمتاع بها مرة أخرى، لما روى أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم استغفر الله ولا تعد حتى تكفر (١)

وعلى الزوجة أن تمنع الزوج من الاستمتاع بها حتى يكفر، فإن امتنع عن التكفير كان لها أن ترفع الأمر القاضى ليأمره بأن يكفر عن ظهاره، دفعا للضرر عنها، فإن أبى أجبره عليها بما يملك من وسائل التأديب والعقوبة زاجرا له عن العبث بحرمة الزواج، فلو ادعى أنه قد كفر صدق فى دعواه مالم يكن معروفا بالكذب (٢)

---

(١) الهداية وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٢٧

(٢) المصدر المتقدم ص ٢٢٥ والمبسوط جـ ص ٢٣٠ وشرح الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٥٩٢

الباب الثالث

فى

العدة (١)

الفصل الأول

معنى العدة وسبب وجوبها وحكمة هذا الوجوب

معنى العدة:

العدة فى اللغة الإحصاء يقال: عددت الشىء عدة أى أحصيته إحصاء ،وفى الشرع: مدة حددها الشارع يجب على المرأة عند حصول الفرقة بينها وبين زوجها أن تبقى بدون زواج حتى تنقضى هذه المدة .

فإذا انتهى عقد الزواج بأى سبب من أسباب انتهائه سواء كان طلاقا أو فسخا أو وفاة فلا يحل للمرأة أن تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنتهى المدة التى حددها الشارع ، أما الرجل فلا تجب عليه العدة ، فيجوز له بعد حصول الفرقة بينه وبين زوجته أن يتزوج بغيرها مباشرة بدون انتظار مضى مدة مخصوصة ، إلا إذا وجد مانع يمنعه من الزواج بامرأة معينة ، كما إذا أراد أن يتزوج بمن لا يحل له أن يجمع بينها وبين زوجته الأولى كأختها أو بنت أختها أو بنت أخيها وكما إذا طلق إحدى زوجاته الأربع وأراد أن يتزوج بخامسة فإنه يجب عليه الانتظار حتى تنقضى عدة المرأة التى فارقها ، ولا يسمى انتظاره هذا عدة اصطلاحا ، وإن وجد فيه معنى العدة .

---

(١) العدة هنا بكسر العين والدال المشددة ،أما العدة بضم العين فهى الاستعداد للشىء ، وليست مقصودة هنا

سبب وجوب العدة :

والسبب فى وجوب العدة على المرأة هو حصول الفرقة بينها وبين زوجها ، سواء كانت الفرقة لوفاة الزوج أو لغيره ، إلا أنه إذا كانت الفرقة لوفاة الزوج وكان العقد صحيحاً فإن العدة تجب على المرأة سواء دخل الزوج بها قبل الوفاة أولم يدخل ، وذلك لقول الله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » فإنه يوجب على المرأة التى توفى عنها زوجها أن تنتظر بعد وفاة زوجها المدة المذكورة بدون زواج من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها .

وإذا كانت الفرقة لغير وفاة الزوج فإن العدة لاتجب على الزوجة إلا إذا دخل الزوج بها أو اختلى بها سواء كانت الخلوة صحيحة أو غير صحيحة عند الحنفية (١) فإن لم يدخل الزوج بها أو لم يختل بها فلا تجب عليها العدة لقول الله تعالى « ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها » فإنه يدل بعبارته الصريحة على عدم وجوب العدة على المرأة إذا طلقت قبل الدخول والخلوة ، ومثل الطلاق فى هذا الفسخ فإنه يلحق به فى هذا الحكم اتفاقا .

أما إذا كان العقد فاسداً وترك أحدها الآخر أو فرق القاضى بينهما فلا تجب العدة إلا إذا كان الرجل قد دخل بالمرأة دخولا حقيقياً قبل المتاركة أو التفريق فلو اختلى بها فقط ثم فرق القاضى بينهما أو ترك أحدهما صاحبه أو مات الزوج

---

(١) وقال القدورى : إن الخلوة إذا كانت غير صحيحة لمانع شرعى كصوم رمضان وجبت العدة على المرأة عند الفرقة ، وذلك لإمكان اتصال الرجل بالمرأة اتصالا جنسيا مع هذا المانع . وإن كانت الخلوة غير صحيحة لمانع حسى لا تجب العدة ، لعدم إمكان الاتصال مع هذا المانع ، واختار هذا القول بعض المشايخ (حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٥٣ ، ٦١٥) .

قبل المتاركة أو التفريق فلا تجب العدة على المرأة ، لأن المقصود من وجوب العدة فى الزواج الفاسد معرفة براءة الرحم وخلوه من الحمل ، وهذا لا يكون إلا إذا دخل الرجل بالمرأة دخولا حقيقياً .

وكما تجب العدة على المرأة بسبب الفرقة بينها وبين زوجها تجب أيضاً بسبب الوقاع بشبهة ، كمن تزف إلى غير زوجها . ويقول النساء للرجل إنها زوجته فيدخل بها بناء على ذلك ، ثم يتبين أنها ليست زوجته ، فإن العدة تجب على المرأة بهذا الوقاع (١) .

حكمة وجوب العدة :

العدة من الأمور التى كانت مشهورة ومسلمة فى الجاهلية ، ولما جاء الإسلام أقرها مع إدخال بعض التعديلات عليها نفت عنها ما كانت تشتمل عليه من المساوىء والمضار التى كانت تلحق المرأة ، فقد كانوا يوجبون عليها فى الوفاة تربص سنة كاملة فى شر ثيابها وحفش (٢) بيتها دون أن تمس طيباً ، مبالغة منهم فى احترام الزواج وتعظيم حريم هذا العقد ، فخفف الله بشريعته التى جعلها رحمة وحكمة ومصلحة ونعمة ، فجعلها أربعة أشهر وعشراً ، وإنما أقرها الإسلام لما يترتب على شرعيتها من المصالح الكثيرة التى من أهمها :

(١) وقد ذكر ابن عابدين فى حاشيته جـ ٢ ص ٦١٧ نقلا عن المبسوط للسرخسى أن رجلا زوج ابنيه بنتين فأدخل النساء زوجة كل أخ على أخيه . فأجاب العلماء : بأن كل واحد يجتنب التى دخل بها ، وتعتد لتعود إلى زوجها . وأجاب أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - بأنه إذا رضى كل واحد بمن دخل بها يطلق كل واحد زوجته . ويعقد على من دخل بها ، ويدخل عليها فى الحال ، لأنه صاحب العدة، ففعلا كذلك ورجع العلماء إلى جوابه ، وهذه القصة تدل على ذكاء الإمام أبى حنيفة وقدرته على إيجاد الحلول الصحيحة للمسائل المشكلة .

(٢) الحفش « بكسر الحاء وسكون الفاء » البيت الصغير الحقير .

١ — صيانة الأنساب وحفظها من الاختلاط ، فإن بقاء المرأة طوال مدة العدة بدون زواج يعلم منه خلو الرحم من الحمل ، أو عدم خلوه ، وبذلك تصان الأنساب من الاختلاط الذى يترتب عليه من الفساد ماتمنعه الشريعة والحكمة ،

٢ — التنويه بعظم شأن الزواج والإعلام بأنه جليل القدر رفيع الشأن لاينحل إلا بانتظار طويل يعلم به انحلاله ، كما لاينعقد انعقاداً صحيحا إلا باجتماع قوم يشهدون عقده ، ولولا هذان الأمران لانحل سريعاً وانعقد كذلك وكان بلعب الصبيان أشبه .

٣ — إعطاء الزوج فرصة يراجع فيها نفسه بعد أن تهدأ ثائرة غضبه ، وتسكن نفسه ، فقد يرى أن مراجعة زوجته أولى من المضى فى الانفصام .

٤ — رعاية حق الزوج وإظهار التأثر لفقده ، بالمنع من التزين والتجمل ، ولهذا جعل الله العدة للمتوفى عنها زوجها أطول من غيرها ، لأن مايعترى الزوجة من الحزن والكآبة لوفاة زوجها يمتد إلى أكثر من ثلاثة قروء ، وهى المدة التى تعرف بها براءة الرحم ؛ لأن براءة النفس من الحزن والكآبة تحتاج إلى زمن أطول ، والتعجيل بالزواج يسىء إلى أهل الزوج ويفضى إلى الخوض فى المرأة بالنسبة لما ينبغى أن تكون عليه من عدم التهافت على الزواج ومايليق بها من الوفاء للزوج والحزن عليه [١] .

الفصل الثانى

أنواع العدة

تتنوع العدة باعتبار ماتكون به إلى ثلاثة أنواع : عدة بالأقراء [٢] وعدة

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ج ٢ ص ١٨٢ .

(٢) الأقراء جمع قرء ، وقد اختلف الفقهاء فى المراد بالقرء الذى تحتسب به العدة

بالأشهر ، وعدة بوضع الحمل . واعتداد المرأة بواحد من هـذه الأنواع تابع لسبب الفرقة وللحالة التى تـكون عليها المرأة عند حصول الفرقة ولصحة الزواج وعدم صحته .

فإن كانت الفرقة بسبب وفاة الزوج وكانت المرأة حاملا فإن عدتها تـكون بوضع الحمل ، فلو ولدت بعد وفاة زوجها انتهت عدتها ولو كانت الولادة بعد الوفاة بزمن قليل وذلك لقول الله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن فإنه جعل مدة العدة للحامل وضع الحمل ، ولم يفرق فى هذا الحـكم بين المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، ولمـا روى أن سبيعة بنت الحارث توفى عنها زوجها فى حجة الوداع ، وهى حامل فوضعت بعد وفاة زوجها بزمن قليل ، ولمـا انتهت مدة نفاسها تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنابل ، فقال لها : مالى أراك متجملة ؟ لعلك ترجين الزواج ، والله ما أنت متزوجة حتى يمر عليك أربعة أشهر وعشر ، فلما قال لها ذلك أتت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتاها بأنها قد حلت حين وضعت حملها ، وأمرها بالتزوج إن بدالها (١) .

فقال الحنفية والحنابلة : إنه الحيض ، وعلى هذا الرأى فمدة العدة تحتسب بزمن الحيضات ولاتنتهى العدة إلا بانتهاء الحيضة الثالثة ، وقال المالـكية والشافعية : إنه الطهروعلىهذا الرأى ، فمدة العدة تحتسب بزمن الأطهار ، وتنتهى العدة بابتداء الحيضة الثالثة ، ولـكلمن الفريقين أدلةعلىماذهب إليهلانرى داعياً إلىذكرهاهنا

(١) منتقى الأخبار ج ٦ ص ٣٤٣ .

وإن كانت الفرقة بسبب الوفاة ولم تكن المرأة حاملا فإن كان الزواج صحيحاً فإن عدتها تكون بأربعة أشهر قمرية وعشرة أيام من تاريخ الوفاة ، وإن كان الزواج فاسداً فإن عدتها تكون بثلاث حيضات إن كانت من ذوات الحيض وبثلاثة أشهر إن لم تكن من ذوات الحيض . وذلك لقول الله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » فإنه أوجب الانتظار أربعة أشهر وعشرة أيام على الزوجة فى حال وفاه زوجها ، ولا تصير المرأة زوجاً إلا إذا كان الزواج صحيحاً ، ولأن المقصود من إطالة مدة العدة فى حال وفاة الزوج هو إظهار الأسف والحزن على زوال نعمة الزواج بالموت ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الزواج صحيحا .

وإن كانت الفرقة بالطلاق أو الفسخ فإن كانت المرأة حاملا فإن عدتها تكون بوضع الحمل ، وذلك لعموم قول الله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » فإنه يشمل المطلقة وغيرها ، فتكون عدتها بوضع الحمل . روى عن أبى ابن كعب قال قلت يارسول الله « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » للمطلقة ثلاثا وللمتوفى عنها زوجها ، فقال: هى للمطلقة ثلاثا وللمتوفى عنها » وعن الزبير بن العوام أنه كانت عنده أم كلثوم بنت عقبة فقالت له ، وهى حامل : طيِّب نفسى بتطليقه فطلقها تطليقة ، ثم خرج للصلاة فرجع وقد وضعت فقال : مالها خدعتنى خدعها الله ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : سبق الكتاب أجله ، اخطبها لنفسها .

وإن لم تكن حاملا فإما أن تكون من ذوات الحيض أولا تكون من ذوات الحيض ، فإن كانت من ذوات الحيض فإن عدتها تكون بثلاث حيضات كوامل ، وذلك لقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فإنه

أوجب على المطلقة الانتظار مدة ثلاث قروء، والقروء هى الحيضات على رأى فقهاء الحنفية، والآية وإن لم تنص إلا على المطلقات إلا أنه يلحق بها من حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بالفسخ، لأن المقصود من وجوب العدة تعرف براءة الرحم عند حصول الفرقة الطارئة على الزواج؛ وهذا كما يحتاج إليه فى حالة الطلاق يحتاج إليه فى حالة الفسخ أيضاً.

وعلى هذا لو وقعت الفرقة بين الزوجين بالطلاق أو الفسخ، ولم تكن المرأة حاملا وقت الفرقة وكانت من ذوات الحيض فلا تنتهى عدتها إلا بثلاث حيضات كوامل، فإذا وقع الطلاق فى أثناء الحيض فلا تحتسب هذه الحيضة من العدة بل لابد من ثلاث حيضات كوامل، لأن العدة مقدرة بها، والحيضة لاتتجزأ فتنتظر حتى تكمل الحيضة الثالثة، والطلاق فى هذه الحالة بدعى يأثم الزوج به لتطويل العدة على الزوجة، والقول فى انتهاء الحيض وعدمه للمرأة، لأن ذلك من الأمور التى لاتعرف إلا من جهتها.

وإن لم تكن المرأة من ذوات الحيض لصغرها أو لكبر سنها بأن بلغت سن اليأس (١) أو لكونها لم تر الحيض أصلا بعد وصولها سن البلوغ وهو خمس عشرة سنة على القول المفتى به فإن عدتها تكون بثلاثة أشهر، لقول الله تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن » أى مثلهن فإنه قدر العدة للنساء اللاتى انقطع حيضهن ويئسن

---

(١) سن اليأس هى السن التى إذا بلغتها المرأة لاتحيض فيها، وقد اختلف فقهاء الحنفية فى تقدير هذه السن فمنهم من رأى عدم تحديدها بسن معينة وترك الأمر إلى تقدير القاضى، ومنهم من رأى تحديدها بسن معينة ولكنهم اختلفوا فبعضهم حددها بسبعين سنة، وبعضهم حددها بستين سنة، وبعضهم حددها بخمس وخمسين سنة وهذا هو القول الراجح فى مذهب الحنفية.

من عودته لكبر سنهن والنساء اللاتى لم يرين الحيض لصغرهن أو لأمر آخر كمرض ونحوه بثلاثة أشهر .

فإن وقعت الفرقة فى أول الشهر العربى اعتبرت الأشهر بالأهلة اتفاقاً ، ولو نقصت عن تسعين يوما ، لأن الله عز وجل أمر بالعدة بالأشهر ، والشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين يوما وإن وقعت الفرقة فى أثناء الشهر اعتبرت كلها بالأيام عند أبى حنيفة فلا تنقضى العدة إلا بمضى تسعين يوماً ، وقال الصاحبان : يكمل الشهر الأول الذى حصلت فيه الفرقة من الشهر الرابع ، ويعتبر الشهر المتوسطان بالأهلة (١) .

وقد أخذت لجنة الأحوال الشخصية برأى الإمام أبى حنيفة فنصت فى المادة (١٦٩) على أنه « تحتسب العدة بالأشهر القمرية إذا وقع سببها فى غرة الشهر ، وهى اليوم الأول منه ليله ونهاره ، وتحتسب بالأشهر العددية كل شهر ثلاثون يوما إن وقع السبب بعد غرة الشهر مع احتساب جزء اليوم الذى وقع فيه السبب ، ويكون حساب ذلك بالساعات الفلكية »

الفصل الثالث

فى

عدة من انقطع حيضها وامتد طهرها

إذا كانت المرأة قد رأت الحيض ولو مرة واحدة بعد بلوغها ثم انقطع عنها وامتد طهرها ولم تبلغ سن اليأس وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بالطلاق أو الفسخ فلا تنقضى عدتها إلا بثلاث حيضات أو تبلغ سن اليأس فتعتد بثلاثة

(٢) البدائع ج٣ ص ١٩٥

أشهر ، وهذا عند الحنفيه ، لأنها لما رأت الحيض صارت من ذوات الحيض فلا تعتد بغيره فإذا لم تر الحيض ثلاث مرات فلا تنقضى عدتها حتى تبلغ سن اليأس وتنتظر بعد ذلك ثلاثة أشهر .

وقال المالكية إذا انقطع الحيض بسبب المرض أو بسبب غير معروف فإنها تنتظر تسعة أشهر من الطلاق للتحقيق من براءة الرحم وخلوه من الحمل لأن هذه المدة هى مدة الحمل غالباً ، فإذا نقضت الأشهر التسعة ولم يظهر بها حمل اعتدت بثلاثة أشهر كالآيسة فإن مضت هذه المدة بدون أن يأتيها الحيض انقضت عدتها وحلت للأزواج ، فإن جاءها الحيض فى أثناء السنة ولو فى آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء لاحيض فيها ، فإن تمت السنة ولم تر الحيض انقضت عدتها ، وإن رأت الحيض فيها ولو فى آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثالثة أوتمام سنة بيضاء .وإن انقطع حيضها بسبب الرضاع فإن عدتها تنقضى بمضى سنة بيضاء بعد انتهاء زمن الرضاع وهو سنتان فإن جاءها الحيض فى أثناء السنة ولو فى آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء ، فإن تمت السنة ولم تر الحيض انقضت عدتها ، وإن رأت الحيض فيها ولو فى آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيضاء ، فإن حاضت الثالثة أو مضت سنة بيضاء انتهت عدتها ،

وحجة المالكية فى ذلك ماروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها فإنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن بان بها حمل فذاك ،وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت» ولم يعرف أن أحداً من الصحابة خالف عمر فى هذا فيكون إجماعاً (١)

ولأن المقصود من العدة معرفة براءة الرحم وخلوه من الحمل ، وهذه المعرفة

---

(١) الموطأ مع شرح الباجى ج ٤ ص ١٠٨ ،الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٤٧٠ ، المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٩٧ - ١٠٠

تتحقق بمضى هذه المدة فيكتفى بها ، وهو رأى وجيه وسديد، وفيه رفق بالناس ولو أن الحنفية قالوا : إن هذه المرأة تنتظر سنتين من وقت الفرقة لتعرف براءة الرحم وخلوه من الحمل ، لأن هذه المدة هى أقصى مدة الحمل عندهم ، فإن لم يظهر بها حمل أو لم يأتها الحيض فى هذه المدة انقضت عدتها لكان لقولهم شىء من الوجاهة ،ومع هذا فإن المحاكم كانت تسير على هذا الرأى فكانت تقضى للمرأة بالنفقة طوال هذه المدة مادامت لم تقر بانقضاء العدة لأن الحيض لايعلم إلامن جهتها ، وقد كان العمل بهذا الحكم مدعاة إلى إرهاق الأزواج ، ذلك أن كثيرا من المطلقات عمدن إلى إنكار الحيض وادعاء بقاء العدة ليأخذن النفقة من أزواجهن بدون حق إلى ماشاء الله ، فكان لابد من علاج لهذه الحال فصدر القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠ فنص فى المادة الثالثة منه على أن المعتدة بالأقراء إذا تأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدتها بالنسبة للنفقة بسنة بيضاء لاترى فيها الحيض ، فإن ادعت أنها رأت الحيض فى أثنائها أجلت إلى أن ترى الحيض مرة أخرى أو إلى أن تمضى سنة بيضاء ، وفى الثالثة إن رأت الحيض انقضت عدتها وإن لم تره انقضت العدة بانتهاء السنة ، وهذا إذا لم تكن المرأة مرضعا فإن كانت مرضعا وجاءها الحيض فى أثناء الرضاع اعتدت بالأقراء ، وإن تأخر حيضها بعد انقضاء مدة الرضاع كان الحكم فى تأخر حيضها هو ماتقدم .

ولكن هذا العلاج لم يكن شافيا ولم يقطع السبيل على الكاذبات ، لأن المطلقة بناء على هذه الأحكام تستطيع أن تأخذ نفقة عدة مدة طويلة بدون حق ، فإنها إذا كانت مرضعا قد تدعى أن الحيض لم يأتها طوال مدة الرضاع وهى سنتان ، ثم تدعى بعد ذلك أنه لايأتها إلا مرة واحدة كل سنة ، وقولها مقبول فى ذلك ، وتتوصل بهذا الادعاء إلى أن تأخذ نفقة عدة خمس سنوات كاملة ، وإذا كانت غير مرضع قد تدعى أن الحيض يأتيها مرة واحدة فى كل سنة

فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة ثلاث سنوات كاملة ؛ فقطعا لهـذه الأدعاءات الباطلة رأى المشرع العدول عن هذا الحـكم بناء على ما ثبت من تقرير الطب الشرعى أن أقصى مدة الحمل سنة ، وعلى أن لولى الأمر حق منع القضاة من سماع بعض الدعاوى التى شارع فيهـا التزوير والاحتيـال ، فنص فى الفقرة الأولى من المادة (١٧) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه « لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق وحدد السنة بـ ٣٦٥ يوما .

ويلاحظ أن القانون لم يتعرض لانتهاء العدة ولا لبقائها ولا لحل تزوجها برجل آخر أو عدم حله ، كل ما فعله أنه منع مطالبة المرأة بالنفقة أكثر من سنة من تاريخ الطلاق ، وكل المسائل الأخرى إلى دين المرأة ، مع ملاحظة أن أقل مدة تصدق فيها المرأة إذا ادعت أن عدتها انقضت وكانت من ذوات الحيض هى ستون يوما .

الفصل الرابع
فى
تحول العدة من نوع إلى نوع آخر

قد تجب العدة بواحد من الأنواع الثلاثة المتقدمة ، ثم يطرأ ما يوجب الاعتداد بغيره ، فقد تجب العدة بالأشهر ثم يطرأ ما يوجب الاعتداد بالحيض ، وقد تجب العدة بالحيض ثم يطرأ ما يوجب الاعتداد بالأشهر ، وقد تجب العدة بالأشهر أو الحيض ثم يطرأ ما يوجب الأعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام وقد تجب العدة بالحيض ثم يطرأ ما يوجب الاعتداد به إن كانت مدته أطول وبأربعة أشهر وعشرة أيام إن كانت أطول من مدة الحيض ، وبيان كل حالة من هذه الحالات كما يأتى :

١ — إذا حصلت الفرقة بين الرجل وزوجته ولم تكن وقت حصول الفرقة من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة أو بلغت سن اليأس ووجبت عليها العدة بالأشهر ثم جاءها الحيض قبل انتهاء العدة بالأشهر ألغى ما مضى من عدتها ووجب عليها أن تستأنف عدتها بالحيض ، ولا تنتهى عدتها إلا بثلاث حيضات كوامل ، لأن الاعتداد بالأشهر إنما وجب على اعتبار أنها ليست من ذوات الحيض ، فلما جاءها الحيض قبل انتهاء العدة تبين أنها من ذوات الحيض فتكون عدتها بالحيض لا بالأشهر لقول الله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ».

ولأن الاعتداد بالأشهر فى حق الآيسة بدل عن الاعتداد بالحيض ، فإذا وجد المبدل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل ، كالقدرة على الوضوء قبل أداء الصلاة فى حق التيمم ، فإنها تبطل حكم التيمم فكذلك هنا .

أما إذا جاءها الحيض بعد انتهاء العدة بالأشهر فلا تستأنف العدة بالحيض لحصول المقصود بالبدل فلا يبطل حكمه بالقدرة على المبدل كما لو صلى المتيمم ثم قدر على الوضوء بعد انتهاء الوقت المحدد للصلاة فلا يجب عليه الوضوء وإعادة الصلاة لكن لو تزوجت هذه المرأة بعد ذلك ثم طلقت فإن عدتها تعتبر بالحيض لا بالأشهر « لأنها صارت من ذوات الحيض فتعتد به دون الأشهر.

٢ — وإذا حصلت الفرقة بين الزوجين وكانت المرأة وقت حصولها من ذوات الحيض ووجبت عليها العدة به ثم انقطع عنها الحيض مدة فإنها لا تعتد بالأشهر لاحتمال عودة الحيض إليها ، وتظل فى العدة حتى يأتيها الحيض ثلاث مرات أو تبلغ سن اليأس ، فإذا بلغت سن اليأس انتقلت عدتها من الحيض إلى الأشهر فتستأنف العدة بالأشهر على مذهب الحنفية الذى كان يجرى عليه العمل ثم عدل عنه وقد أوضحنا ذلك فيما تقدم .

٣ — إذا طلق رجل زوجته طلاقا رجعياً ثم مات وهى فى العدة انتقلت

عدتها من عدة الطلاق سواء كانت بالحيض أو بالأشهر إلى عدة الوفاة ، وهى كما تقدم أربعة أشهر وعشرة أيام، سواء كان الطلاق فى حالة الصحة أو المرض لأن المطلقة رجعياً تعتبر زوجة من كل وجه ما دامت فى العدة ، وموت الزوج يوجب على زوجته عدة الوفاة لقول الله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ».

٤ — إذا طلق الرجل زوجته طلاقا بائنا ، وكان الطلاق فى حال الصحة أو فى حال المرض ولم يعتبر فاراً من الميراث ثم مات وهى فى العدة فلا تنتقل عدتها من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة بل تتم عدة الطلاق بحسب حالها ، لأن الطلاق البائن يقطع الزوجية ، ولا تسمى المرأة زوجة بعده فلا تدخل فى قول الله تعالى« والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا... الآية »فتبقى عدة الطلاق على حالها.

أما إذا اعتبر الزوج فارا من الميراث ثم مات قبل انقضاء العدة وورثت الزوجة منه فإنها لا تعتد عدة الطلاق وإنما تعتد بأبعد الأجلين ؛ وهما : عدة الطلاق والوفاة ، فأيتهما كانت أطول فهى عدتها ، فإن كانت من ذوات الحيض فلا تنقضى عدتها إلا إذا مضى أربعة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة وجاءها الحيض ثلاث مرات من وقت الطلاق ،فلو حاضت ثلاث مرات فى أقل من أربعة أشهر وعشرة أيام فلا تنقضى العدة إلا بمضيها ، ولو مضت أربعة أشهر وعشرة أيام ولم تحض ثلاث حيضات لا تنقضى عدتها إلا بالحيض ثلاث مرات وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وهو المفتى به فى المذهب(١) لأن المرأة لما ورثت من زوجها

---

(١) وقال أبو يوسف : إن زوجة الفار لا تعتد بأبعد الاجلين وإنما تعتد عدة الطلاق ، لان الزواج قد انقطع بالطلاق البائن ولم ينقطع بالواة فتجب عليها عدة الطلاق لا عدة الوفاة . واعتبار الزواج قائما وقت الوفاة إنما هو فى حق الإرث فقط لقيام الدليل على ثبوته على خلاف الاصل فلا يعتبر قائما فى حق العدة أيضا ، لان ما يثبت على خلاف الاصل لا يتوسع فيه ، ولا يخفى وجاهة هذا الرأى وقوة مدركه

اعتبر الزواج قائما حكما وقت الوفاة فتجب عليها عدة الوفاة لهذا الاعتبار ، وإذا لاحظنا أنها مبانة كانت زوجيتها غير قائمة وقت الوفاة ، فلا تجب عليها عدة الوفاة لهذا الاعتبار وإنما تجب عليها عدة الطلاق ، فمراعاة للاعتبارين وجب عليها أن تعتد عدة الطلاق والوفاة على أن تتداخل أقلهما فى أطولهما ، وهذا معنى أنها تعتد بأبعد الأجلين .

الفصل الخامس

مبدأ العدة

مبدأ العدة يختلف تبعاً لصحة الزواج وفساده ، فإن كان الزواج صحيحا فابتداء العدة من وقت حصول الفرقة سواء كانت بسبب الطلاق أو الفسخ أو الوفاة ، فمتى وقعت الفرقة اعتبرت الزوجة فى العدة من ذلك الوقت ولا يتوقف ابتداؤها عند الجمهور من الفقهاء على علم الزوجة بالفرقة بل تبدأ العدة بمجرد وجود سببها ، وهو الفراق ، وتنتهى بانتهاء أجلها وإن لم تعلم المرأة بالفرقة بينها وبين زوجها ، لأن العدة مدة حددها الشارع بعد وقوع الفرقة بين الزوجين فلا يشترط العلم بسببها ولا بمضيها .

فلو ادعت المرأة أن زوجها طلقها فى وقت معين وأنكر الزوج الطلاق فأقامت الزوجة البينة على دعواها وحكم القاضى لها بما ادعت فإن العدة تحتسب من الوقت الذى أثبتت البينة وقوع الطلاق فيه ، وليس من وقت الحكم .

أما لو ادعت المرأة أنه طلقها فى وقت معين وأقر الزوج بما ادعته أو أقر هو ابتداء أنه طلقها منذ كذا من الزمن ولم يقم بينة على ما يدعيه فإن الحكم يختلف تبعاً لوجود التهمة فى هذا الإقرار وعدمها ، فإن لم تكن هناك تهمة فإن

العدة تبدأ من الوقت الذى أسند الطلاق إليه لا من وقت الإقرار ، وإن كان هناك تهمة فى الإقرار كأن يكون الزوج مريضاً يريد الاحتيال مع المرأة على إعطائها أكثر مما تستحق بطريق الميراث فيتفق معها على الإقرار بطلاق سابق وانقضاء العدة حتى تصير أجنبية فتنفذ وصيته لها أو يصح إقراره لها بدين أو يكون الزوج يرغب فى الزواج ببنت أختها أو بأى محرم لها . . أو غير ذلك فإن العدة تبدأ من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة أو غيرها .

ولهذا كان من الواجب على القاضى أن يتحرى فى الأمر حتى يستطيع الحكم بأن ابتداء العدة من وقت الإقرار ، أو من الوقت الذى أسند إليه الطلاق[١] .

وإن كان الزواج فاسداً فابتداء العدة من وقت متاركة الرجل المرأة وإظهار العزم على ترك قربانها أو تفريق القاضى بينهما ، وقال زفر : إنها تبدأ من آخر اتصال بين الرجل والمرأة ، لأن سبب وجوب العدة فى الزواج الفاسد هو الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة فيكون ابتداؤها من آخر اتصال بينهما ولكن يرد على ذلك : بأن السبب الموجب للعدة هو شبهة الزواج لا نفس الاتصال ، ورفع هذه الشبهة إنما يكون بالمتاركة أو التفريق ، فلا تصير المرأة فى العدة مالم ترفع هذه الشبهة بواحد منهما .

ويقول ابن عابدين[٢] : إنه لم ير من صرح بمبدأ العدة فى الوقاع بشبهة بلا عقد وينبغى أن يكون من آخر مرات الوقائع عند زوال الشبهة بأن علم أنها غير زوجته وأنها لا تحل له ، إذ لا عقد هنا حتى يجعل ابتداء العدة من وقت

---

(١) الهداية شرح البداية وفتح القدير جـ ٣ ص ٧٦ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٢٦

(٢) رد المحتار على الدر المختار جـ ٢ ص ٦٢٧ ، ٦٢٨

زواله ، فلم يبق سبب للعدة سوى الوقاع المذكور فيجعل مبدؤها من آخر هذا الوقاع . وهنا مسائل ينبغى التنبيه عليها .

المسألة الأولى : إذا كانت المرأة من ذوات الحيض وبدأت عدتها بالحيض ولكن استمر نزول الدم بدون انقطاع ، فإن كانت لها عادة معروفة من قبل بالنسبة لأيام حيضها وأيام طهرها فإنها تعتد بحسب هذه العادة من حيث الوقت وعدد الأيام ، فإذا مضت مدة كافية لثلاث حيضات بحسب عادتها المعروفة لها انتهت عدتها ، وإن لم تكن لها عادة معروفة أو كانت لها عادة ونسيتها ففى عدتها قولان فى مذهب الحنفية :

الأول : أن عدتها تنقضى بسبعة أشهر من وقت الطلاق أو الفسخ ، وتوجيه ذلك : أن يعتبر لها ثلاث حيضات تقدر بثلاثين يوماً ، باعتبار أقصى المدة لكل حيضة وهى عشرة أيام ، ويعتبر لها ثلاثة أطهار لكل طهر شهران، وهما أربعة أمثال أقل مدة الطهر ، وهى خمسة عشرة يوماً ، وذلك للاحتياط .

والثانى : أن عدتها تنقضى بثلاثة أشهر اعتبارا للغالب فى النساء ، إذ الغالب فى أحوال النساء أن المرأة يأتيها الحيض فى كل شهر مرة ، وهذا القول هو الراجح من جهة النظر ، ولكن الفتوى والعمل على الرأى الأول[1] .

واختارت لجنة الأحوال الشخصية الرأى الثانى ، فجاء فى البند الرابع من الفقرة الثالثة من المادة (١٦٥) من المشروع أن « عدة من استمر معها الدم إن لم تكن لها عادة معروفة تنقضى بالأشهر القمرية إن حصل سبب الفرقة فى غرة الشهر ، وبالأيام إن حصل سببها فى أثناء الشهر ، وإن كانت لها عادة معروفة اتبعتها فى حساب العدة بالحيض » .

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦١٨

المسألة الثانية : إذا تزوج رجل امرأة وكانت زوجة لرجل آخر فلا يخلو الحال من أمرين :

(الأول) أن يكون الرجل عالما بأنها زوجة غيره ثم دخل بها ، وفي هذه الحالة لا تجب العدة على المرأة بعد الفرقة بينهما ، لأن العقد في هذه الحالة باطل والدخول بها يعتبر زنا ، ولا تجب العدة في الزواج الباطل ولا في الزنا عند الحنفية ، غير أن الإمام محمداً استحسن ألا يقربها زوجها إلا بعد استبرائها بحيضة ، فإن حملت المرأة في هذا الدخول فلا يحل لزوجها أن يقربها حتى تضع الحمل باتفاق أئمة المذهب .

(والثاني) ألا يكون الرجل عالما بأنها زوجة غيره ودخل بها ثم فرق بينهما ، وفي هذه الحالة تجب العدة على المرأة ولا يحل للزوج الأول أن يقربها حتى تنقضي عدتها ، لأن العقد حينئذ يكون فاسداً ، والعقد الفاسد تجب العدة فيه بالدخول[1] .

المسألة الثالثة : إذا طلق الرجل زوجته التي دخل بها طلاقا بائنا بينونة صغرى ثم تزوجها قبل انقضاء عدتها وطلقها قبل أن يدخل بها وجب عليها أن تبدأ عدة جديدة ولا تبنى على ما سبق من العدة الأولى ، وعلى الرجل مهر كامل غير المهر الأول ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنها بالعقد الثاني عادت إلى حالها الأول ، وهي كانت مدخولا بها ، فإذا طلقها بعد العقد الثاني كان طلاقا بعد الدخول حكما فيجب على المرأة عدة مستقلة ويجب لها مهر كامل .

وقال محمد : لا تجب عليها عدة جديدة بل تكمل عدتها الأولى ، ويجب لها نصف المهر المسمى . فإن لم يكن سمى لها مهر وجبت لها المتعة لأنها طلقت قبل

---

(١) المصدر المتقدم جـ ٢ ص ٣٠٠ ، ٦٣١ .

الدخول حقيقة ، والطلاق قبل الدخول لا تجب به العدة على المرأة ويجب لها فيه نصف المهر المسمى أو المتعة إن لم يكن المهر مسمى ، ويجب عليها أن تتم عدة الطلاق الأول ، لأنها وجبت بالطلاق بعد الدخول ، ولم تسقط بالزواج الثانى فيلزم إتمامها ، وهذا القول هو الظاهر ، ولكن الفتوى والعمل على القول الأول(١) .

المسألة الرابعة : إذا مضت مدة بعد الفرقة بالطلاق أو الفسخ وكانت المرأة ممن تعتد بالحيض فادعت أن عدتها قد انتهت فلا تصدق عند أبى حنيفة إلا إذا كان قد مضى ستون يوماً على الأقل من وقت الفرقة ، وتوجيه ذلك : أن يفترض أن الفرقة حصلت فى آخر أيام الطهر ، ثم يحتسب لها ثلاث حيضات لكل حيضة عشرة أيام ، وطهران بين الحيضات الثلاث وأقل مدة الطهر الفاصل بين الحيضتين خمسة عشر يوماً ، فيكون مجموع ذلك ستين يوماً .

وقال الصاحبان : إنها تصدق إذا مضى على الفرقة تسعة وثلاثون يوماً ، لأنهما يقدران كل حيضة بأقل مدة الحيض ، وهى ثلاثة أيام ، وهى تحتاج إلى ثلاث حيضات وإلى طهرين بين الحيضات الثلاث فيكون مجموع الأيام تسعة وثلاثين يوماً ، وقول أبى حنيفة هو المفتى به والذى يجرى عليه العمل .

الفصل السادس

نفقة المعتدة

لما كانت العدة أثراً من آثار الزواج ، وكانت المرأة محبوسة فيها لحق الزوج والشرع فلا يحل لها أن تتزوج برجل آخر ما دامت فى العدة كانت نفقة

---

(١) الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٣٨٩ ، وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٣٠

المعتدة واجبة على من فارقها إلى أن تنقضى عدتها منه ، غير أن هـذه النفقة لاتجب لـكل معتدة وإنما تجب لبعض المعتدات دون بعض . والأصل فى ذلك عند الحنفية : أن الفرقة إن كانت بسبب الوفاة فلا تجب النفقة بأنواعها الثلاثة من طعام وكسوة وسكنى للمعتدة ، وإن كانت بغير الوفاة فإما أن تـكون من جهة الزوج أو الزوجة فإن كانت من جهة الزوج وجبت النفقة للمعتدة مطلقاً سواء كانت الفرقة طلاقا أم فسخا ، وسواء كانت بسبب محظور أو غير محظور ، وإن كانت من جهة الزوجة وجبت لها النفقة أيضاً إلا إذا كانت بسبب محظور ، وبناء على هذا لاتجب النفقة للمعتدة فى الحالات الآتية :

١ — أن تـكون العدة بسبب وفاة الزوج حتى ولو كانت المرأة حاملا (١) ، لأنه لاسبيل لإيجاب النفقة على الزوج لانتهاء ملـكه بالوفاة ، ولاسبيل لإيجابها على الورثة لأنها من آثار عقد الزوج ، وعقد الزواج عقد شخصى بين الزوجة وزوجها المتوفى ، ولايسوغ إيجاب شىء من آثار هـذا العقد الشخصى على غير العاقد .

٢ — أن تـكون العدة بسبب الفرقة من زواج فاسد أو دخول بشبهة ،

---

(١) وقد نقل ابن عابدين عن المضمرات قولا لبعض علماء المذهب أن المرأة إذا كانت حاملا تجب لها النفقة فى جميع المال ، وفى نيل الأوطار للشوكانى « إن وجوب النفقة للحامل المتوفى عنها زوجها روى عن على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وابن أبى ليلى وروى عن عبد الله بن عمر أن للمتوفى عنها زوجها النفقة والسكنى فى جميع التركة سواء كانت حاملا أو غير حامل ، لأن الزوجة محبوسة فى العدة لحق الزوج فيتعلق حقها فى النفقة بالتركة كغيره من الديون فتبقى التركة على حكم ملك المتوفى حتى تؤدى منها النفقة كما تؤدى الديون والوصايا (نيل الأوطار ج ٦ ص ٥٥ المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٨٨ ومابعدها) .

لأن حال العدة معتبر بحال الزواج ، والمرأة لاتجب لهـا النفقة فى الزواج الفاسد ، فـكذلك لاتجب لها فى حال العدة منه (١) .

٣ — أن تـكون المرأة معتدة لفرقة جاءت من جهتها بسبب محظور ، كأن ترتد عن دين الإسلام أو تمتنع عن الإسـلام بعد أن يسلم زوجها ولم تـكن كتابية ، أو تفعل مع أحـد أصول الزوج أو فروعه مايوجب حرمة المصاهرة . لأن النفقة فيها معنى الصلة ، فإذا وقعت الفرقة من جهة المرأة بفعلها الذى هو معصية لم تستحق الصلة بل تستحق العقوبة والزجر ، ولأن الفرقة لما جاءت من جهتها بغير حق كانت مبطلة لحقها فى النفقة قياسا على الوارث إذا قتل مورثه بغير حق . وقد نص فقهاء الحنفية على أن الذى يسقط بهـذه الفرقة هو الطعام والـكسوة ، أما السكنى فلا تسقط بهذه الفرقة ، لأن كلامنهما حق خالص للمرأة فيسقط بفعلها الذى هو معصية ، ولهـذا لو أبرأت المرأة مطلقها من نفقة العدة والسكنى صح الإبراء فى النفقة ولايصح فى السكنى ، لأن النفقة حق خالص لها فتملك التصرف فيه بالإسقاط ، أما السكنى فإن الشرع له فيها حق فلا تملك إسقاطه ، وقد تقدم بيان ذلك فى الـكلام على بدل الخلع .

وتجب النفقة المعتدة فى الحالات الآتية :

١ — أن تـكون الفرقة من جهة الزوج سواء كانت طلاقا أم فسخاً وسواء كانت بسبب محظور أو غير محظور فلو طلق الرجل زوجته وجبت لها النفقة بأنواعها الثلاثة ، سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً ، وسواء كانت المرأة حاملا أم غير حامل (٢) لقول الله تعالى « لينفق ذو سـعة من سعته » فإنه يشمل

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ٢١١ .

(٢) وجوب النفقة للمطلقة سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا وسواء كانت المرأة =

الزوجات والمطلقات جميعا من غير فصل بين حالة وحالة ، ولأن النفقة وجبت للمرأة قبل الطلاق لكونها محبوسة لحق الزوج ، وقد بقى هـذا الاحتباس بعد الطلاق فتجب لها النفقة كما تجب قبله لتحقق سبب الوجوب فى الحالين جميا .

وكذلك لو اتهم الرجل زوجته بالزنا ورفعت الأمر إلى القاضى وفرق بينهما بعد اللعان وجبت النفقة للزوجة لأن الفرقة جاءت من جهة الرجل والزوجة وإن كان لها دخل فى هـذه الفرقة بإقدامها على اللعان إلا أنها مضطرة إليه دفاعا عن شرفها فلا يكون ذلك مسقطا لحقها فى النفقة .

٢ — أنْ تـكون الفرقة من جهة الزوجة بسبب غير محظور ، كأن تختار فسخ الزواج عند البلوغ أو الإفاقة من الجنون أو العته فى الحالات التى يكون لها فيها هـذا الخيار ، وكأن يفسخ العقد لنقصان مهرها عن مهر المثل بطلب وليها العاصب .

٣ — أن تـكون الفرقة بين الزوجين بقضاء القاضى ، وذلك فى الحالات التى يجوز له فيها التفريق بينهما ، لأن القاضى نائب عن الزوج فى تطليق زوجته ،

حاملا أم غير حامل هو مذهب الحنفية للأدلة التى ذكرناها ، وقد وافق الحنفية غيرهم من الفقهاء فيما إذا كان الطلاق رجعياً أو كان بائنا وكانت المرأة حاملا ، لقول الله تعالى « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » أما إن كان الطلاق بائنا ولم تـكن المرأة حاملا فالحنابلة فى ظاهر المذهب لا يوجبون لها النفقة ولا السكنى ، مستدلين بما جاء فى حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ألبتة فلم يجعل لها رسول الله نفقة ولا سكنى ، والمالـكية والشافعية لا يوجبون لها النفقة ويوجبون لها السكنى ، لقول الله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » (البدائع ج ٣ ص ٢١٠ ، المغنى ج٩ ص ٢٨٨ ، الشرح الـكبير ج ٢ ص ٢٨٣ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٤٤) .

فكأن الزوج هو الذى طلق فتستحق الزوجة نفقة العدة عليه ، وإن كان الطلاق بناء على طلبها .

وإذا وجبت النفقة للمعتدة فإنه يراعى فى تقديرها مايراعى فى تقدير النفقة حال قيام الزوجية ، وتعتبر هذه النفقة ديناً صحيحاً المعتدة من تاريخ الطلاق أو الفسخ ولاتسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، ولاتتوقف على قضاء القاضى أو التراضى عليها ، وهذا مايسير عليه القضاء الآن تطبيقاً للمادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

ولاتستحق المعتدة نفقة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق ، فإذا مضت سنة بعد الطلاق فإنها تؤمر قضاء بالامتناع عن المطالبة بنفقة العدة ولا حق لها فيها بعد ذلك ، (مادة : ١٧ ، ١٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) (١)

وهذا إذا لم تتزوج المطلقه قبل مضى السنة فإن تزوجت سقط حقها فى النفقة فلو تزوجت واستمرت فى الاستيلاء على النفقة من مطلقها الذى لايعلم بزواجها فإنه يحق له فى هذه الحالة متى علم أن يرجع عليها بما أنفق من تاريخ زواجها بغيره ، وبهذا قضت محكمة مصر الابتدائية فى ٧ / ٣ / ١٩٤٠ ومما قالته فى حكمها « إذا حصلت المطلقة التى تزوجت من آخر على مال من مطلقها بحكم النفقة

---

(١) تنص المادة ١٧ على مايأتى « لاتسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » وتنص المادة ١٨ على مايأتى : « لايجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » .

وبناء على ذلك لوصدر للمطلقة حكم بنفقة فللمطلق أن يطلب بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق إبطال الحكم وأمرها بالكف عن مطالبته ، ومتى ثبت للمحكمة صحة دعواه حكمت له بما طلب

الصادر لها عليه بعد زواجها من غيره ، وطلب الحكم عليها برد ما استلمته منه من يوم زواجها بغيره أجيب إلى طلبه ، لأن عدة المطلقة تنقضى من أول يوم تعقد فيه على آخر ولا يكون لها الحق فى الاستيلاء على النفقة المحكوم لها بها عليه ، وإن لم يمض على طلاقها سنة كاملة (١) .

الفصل السابع

ما يجب على المعتدة

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين وجب على المعتدة أمران : أحدهما عام لا يختص بمعتدة دون أخرى وثانيهما خاص ببعض المعتدات . أما الأول فهو أن المعتدة يجب عليها أن تبقى خلال مدة العدة فى المنزل الذى كانت تقيم فيه وقت حصول الفرقة ، سواء كانت العدة عدة طلاق أو فسخ أو وفاة ، حتى لو وقعت الفرقة وهى غير موجودة فى المنزل وجب عليها أن تعود إليه فى الحال والأصل فى ذلك قول الله تعالى « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة (٢) » فإنه نهى الأزواج عن إخراج المعتدات، ونهى المعتدات

---

(١) مجلة المحاماة ، ع : ٦ ، ٧ س : ١١ ص ٦٢ .

(٢) اختلف العلماء فى المراد بالفاحشة المبينة فقيل : هى نفس الخروج، وهو قول إبراهيم النخعى وبه أخذ أبو حنيفة ، والمعنى على هذا : إلا أن يخرجن فيكون خروجهن فاحشة ، كما يقال : لا يسب النبى صلى الله عليه وسلم إلا كافر ، ولا يزنى أحد إلا أن يكون فاسقا ، وقيل الفاحشة هى الزنا فيخرجن لإقامة الحد عليهن ، والمعنى على هذا : إلا أن يزنين فيخرجن لإقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود، وبه أخذ أبو يوسف ، وقال ابن عباس : الفاحشة المبينة هى نشوز المرأة وأن تكون بذيئة اللسان على أحمائها . وهذا هو الظاهر .

عن الخروج ، والنهى يقتضى تحريم المنهى عنه ، وإذا كان خروج المعتدة من المنزل الذى كانت تسكنه وقت وقوع الفرقة محرما كانت ملازمتها له خلال مدة العدة واجبة .

غير أنه إذا كان الطلاق رجعيا فلا مانع من بقائها مع الزوج فى مسكن واحد ، لأن الطلاق الرجعى لايحرم المطلقة على من طلقها فله أن يستمتع بها بعد الطلاق ، ويكون استمتاعه بها رجعة ، وعلى هذا يحل للزوجة أن تبقى فى المنزل الذى كانت تسكن فيه مع الزوج وقت الطلاق حتى تنقضى العدة ، وللرجل أن يدخل عليها بدون إذنها ، ولايعلمها بدخوله ، ولكن محل ذلك إذا كان يقصد مراجعتها ، فإن لم يقصد مراجعتها فلا يباح له ذلك ، لأنه إذا دخل بدون علمها قد يقع نظره على شىء منها لو نظر إليه بشهوة يصير مراجعاً فيحتاج إلى طلاقها ثانياً فتطول عليها العدة ، وفى هذا إضرار بالمرأة ، وهو لايجوز (١) .

وإن كان الطلاق بائنا فالحكم يختلف باختلاف حال المطلق واتساع المسكن وضيقه ، فإن كان المطلق ديّنا ، وكان المسكن مشتملا على عدد من الحجر المستقلة أقامت المرأة فى حجرة منها ولايجوز للمطلق أن يقيم معها فى تلك الحجرة ، ولا أن ينظر إليها ، لأن الطلاق البائن يحرم المطلقة على من طلقها بمجرد وقوعه كما تقدم ، وإن لم يكن بالمسكن إلا حجرة واحدة وجب على المطلق أن يخرج من المسكن وتبقى المطلقة فيه حتى تنقضى العدة ، لأن بقاء المرأة فى المنزل الذى كانت تسكن فيه وقت الطلاق واجب شرعا ، وإن كان المطلق غير ديّن وجب عليه الخروج من المنزل وتركه للمرأة حتى تنقضى العدة ولو كان مشتملا

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ١٥٥ ، ٥٤٥

على عدد من الغرف المستقلة ، لأنه إذا كان غير متدين فلا يكون هناك أمان فى وجوده معها فى مسكن واحـد ، وبقاء المطاقة فى المنزل الذى كانت تسكن فيه وقت الطلاق واجب شرعا فيتعين خروج المطلق منه وبقاء المرأة ، وقيل : تخرج المطلقة وتستأجر مسكنا خاصا لها ويلزم المطلق بأجرته ، والأول أولى لمـا ذكرنا (١) .

والحكمة فى إلزام المعتدة بالبقاء فى المسكن الذى كانت تقيم فيه وقت وقوع الفرقة أنها إذا كانت مطلقة فإن بقاءها فى المنزل الذى كانت تقيم فيه مع زوجها يمكنه من مراقبة أحوالها وصيانتها حتى تنتهى عدتها منه ولعله يرى منها فى هـذه الفترة مايرغبه فى مراجعتها وإعادة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه ، وهذا ما يشير إليه المولى عز وجل فى قوله « لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » .

وإذا كانت متوفى عنها زوجها فإن بقاءها فى نفس المنزل يجعلها قريبة من المعالم والأمكنة التى كانت تعيش فيها مـع زوجها فيحملها ذلك على ذكر زوجها والقيام بالوفاء له وإتمام ما أمرها الشارع به من التربص والانتظار .

ولا يجوز للمعتدة أن تنتقل من منزل العدة إلا إذا وجد عذر يمنع من إقامتها فيه ، كأن ينهدم أو يخشى سقوطه أو خافت من السكنى فيه على نفسها أو مالها أو أخرجها صاحب المنزل لعدم قدرتها على الأجرة ، أو كانت معتدة وفاة وكان نصيبها لا يكفيها فأخرجها الورثة ، فإن وجد عذر من هـذه الأعذار جاز لها الانتقال إلى منزل آخر ، فإن كانت معتدة للوفاة انتقلت إلى أقرب منزل من منزلها الأول لتكون دائماً على ذكر من أحوال زوجها المتوفى ، وإن كانت معتدة للطلاق انتقلت إلى المسكن الذى يختاره الزوج لوجوب السكنى عليه فان انتقلت

---

(١) الهداية ، وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٩٨ ، والدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٣٨ .

المعتدة من المنزل الذى كانت تقيم فيه مع الزوج وقت حصول الفرقة بدون عذر وبدون رغبته اعتبرت ناشزة وسقطت نفقة العدة إن كانت لها نفقة ولا تعود إلا بعودتها إليه ، وهذا ما يجرى عليه عمل المحاكم .

ولقائل أن يقول : إن العرف الآن يجرى على أن المرأة لاتبقى بعد طلاقها فى المنزل الذى كانت تقيم فيه مع زوجها بل تنتقل منه بمجرد طلاقها إلى منزل أهلها ، ويعدون بقاءها فى منزل الزوجية أمرا قبيحا أو غير لائق وحيث كان العرف له اعتبار فى الشرع فإنه ينبغى الآن ألا يعتبر خروج المطلقة إلى منزل أهلها نشوزا يستوجب الحرمان من نفقة العدة .

وإذا كانت المرأة معتدة للوفاة وليس لها مال تنفق منه على نفسها جازلها أن تخرج فى النهار لكسب عيشها ، لأن معتدة الوفاة ـ كما تقدم ـ لاتجب لها نفقة ولاسكنى على أحد فتحتاج إلى الخروج لكسب عيشها ، أما إذا كانت معتدة من طلاق أو فسخ ووجبت لها النفقة فى العدة فلا يجوز لها الخروج للاكتساب لأن الزوج متكفل بنفقتها وقضاء حاجاتها فلا يكون هناك ما يدعو إلى خروجها للاكتساب

وللمعتدة أن تخرج من منزل العدة لقضاء مصالحها الضرورية التى لاغنى لها عنها إذا لم تجد من يقوم بقضائها سواء كانت فى عدة الوفاة أو الطلاق لأن الضرورات تبيح المحظورات .

الأمر الثانى مما يجب على المعتدة الإحداد (١) وهو : أن تترك الزينة والطيب ولبس الثياب الحرير والحلى مادامت فى العدة . وقد اتفق الفقهاء على وجوب

---

(١) الإحداد فيه لغتان : الأولى أحدت المرأة على زوجها تحد إحدادا ، إذا تركت الزينة لموته ، والثانية حدت المرأة على زوجها تحد وتحد فهى حاد بغير هاء . أى تركت الزينة لموته ، وأنكر الأصمعى الثلاثى واقتصر على الرباعى وهو أحدت

الإحداد على المعتدة من وفاة لما روى أن أم حبيبة رضى الله عنها لما بلغها موت أبيها أبى سفيان انتظرت ثلاثة أيام ، ثم دعت بطيب ، وقالت : مالى بالطيب حاجة غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » والحكمة فى هذا هى إظهار الحزن والأسف على الزوج وقضاء لحقه عليها ، ووفاء للعشير .

واتفقوا أيضاً على عدم وجوب الإحداد على المعتدة من طلاق رجعى ، لأن الزوجية لاتنقطع بالطلاق الرجعى فلا وجه لإظهار الحزن والأسف على زوالها ، بل المستحب لها أن تتزين وتتجمل أثناء العدة حتى يرغب زوجها فى إرجاع الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه .

واختلفوا فى المعتدة من الطلاق البائن ، فقال الحنفية : يلزمها الإحداد لأن المقصود من الإحداد إظهار الحزن والأسف على فوات نعمة الزواج الذى هو سبب لصيانة المرأة وكفاية مؤنتها ، وهذا كما يتحقق فى حالة الوفاة يتحقق فى حالة الطلاق البائن فيلزم المعتدة الإحداد فى حالة الإبانة كما يلزمها فى حالة الوفاة

وقال المالكية والشافعية : لايلزمها الإحداد ، لأن الإحداد إنما وجب لإظهار الحزن والأسف على فراق الزوج الذى وفى بعهد زوجته إلى مماته ، وهذا الزوج أذاها بالطلاق البائن فكيف نلزمها بإظهار الحزن والأسف على فراقه ،وهذا القول ـ فى نظرى ـ هو الراجح .

القسم الثالث

حقوق الأولاد

حقوق الأولاد

الأولاد هم ثمرة الحياة الزوجية وغايتها ، وهم اللبنات التى يقوم عليها هـذا الوجود ، وفى المحافظة عليهم ضمان لقيام المجتمعات على أكمل الوجوه وأتمها . لهذا عنى الإسلام بهم عناية كبرى، فشرع لهم من الحقوق ما يكفل سعادتهم ويصونهم من الفساد ، وأهم هذه الحقوق :

١ — ثبوت نسبهم من والديهم. لأن به يحفظون من الذل والضياع.

٢ — الرضاع، لأنه الوسيلة الوحيدة لتغذيتهم فى أول حياتهم وحفظهم من الهلاك .

٣ — الحضانة ، لاحتياج الأولاد فى زمن طفولتهم إلى من يرعى شئونهم فى الأكل واللبس والنوم وغير ذلك .

٤ — الولاية عليهم فى نفسهم ومالهم إن كان لهم مال ، لأن الأولاد قبل بلوغهم سن الرشد يحتاجون إلى من يرعى شئونهم فى العلم والتأديب والتزويج إن احتاجوا إليه ؟ وإذا كان لهم مال احتاجوا إلى من يقوم بحفظه واستثماره .

٥ — حق النفقة ، لأن الأولاد فى طفولتهم لا يقدرون على التكسب، وفى الغالب لا يكون لهم مال يفى بنفقاتهم فيحتاجون إلى إنفاق والديهم أو من يحل محلهم من الأقارب عند عجزهم أو موتهم .

وسنتكلم عن هذه الحقوق بالتفصيل فى الأبواب الآتية .

الباب الأول

فى النسب

وهب الله الناس نعمة الوجود وشرفهم بأنهم خلقه وأثر قدرته ، وتعهدهم بالنعم ووزعها بينهم على مقتضى حكمته ، وإذا كانت سنة الله فى خلقه أن يوجد المخلوق طفلا لايستقل بنفسه ولا يقدر أن يشب من غير معين كان من لطيف رحمته أن يوجد بينهم رابطة كريمة قوية تبعث القوى الكبير على رعاية الطفل الصغير مدفوعاً فى هذا بعامل من المحبة ووازع من الحنو لايشاركه فيه أجنبى يقلل عطفه ، ولا دخيل يشاركه حنانه ، فأقام بينهم رابطة النسب ، وعدها إحدى نعمه التى أنعم بها على عباده ومظهراً من مظاهر قدرته ، فقال جل ثناؤه « وهو الذى خلق من الماء بشراً فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديراً (١) ».

وإذا كانت هذه الصلة العظيمة على هذا الجانب من الخطورة لم يتركها الشارع نهبا للأهواء والعواطف تهبها لمن تشاء وتحرم منها من أرادت ، بل تولاها بتشريعه واعتنى بها أعظم عناية وأحاطها بسياج منيع يحفظها من الفساد والانحلال والاضطراب، فقضى على الادعاء والتبنى الذى كان مشهورا فى الجاهلية وصدر الإسلام ، فقال عز من قائل « وماجعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل (٢) » وأمر بنسبة هؤلاء الأبناء إلى آبائهم إن عرفوا ، فإن لم يعرف لواحد منهم أب دعى أخا فى الدين أو مولى ، فقال سبحانه « ادعوهم لآبائهم هو أقسط عندالله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم (٣) » .

---

(١) آية : ٥٤ من سورة الفرقان (٢) آية : ٤ من سورة الأحزاب

(٣) آية : ٥ من سورة الا حزاب

وجعل لنشوء النسب سبباً واضحاً هو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج أو ملك اليمين، وأبطل ما كان يجرى عليه أهل الجاهلية من إلحاق الأولاد عن طريق العهر والزنا ، فقال صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ومعناه أن من يجىء من الأولاد ثمرة لفراش صحيح قائم على عقد الزواج أو ملك اليمين يلتحق نسبه بأبيه ، وأن العهر والزنا لا يصلح أن يكون سبباً للنسب وإنما يكون سبباً لشىء آخر وهو الرجم أو الطرد بالحجارة (١) .

ونهى الآباء عن إنكار نسب أولادهم وتوعدهم بالعقاب الشديد على ذلك فقال صلى الله عليه وسلم : « أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه « أى يعلم أنه ابنه » احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رءوس الخلائق » وهذا لأن إنكار الأب ولده يترتب عليه تعريضه وأمه للذل الدائم والعار الذى لا ينتهى وفى هذا من الضرر مالا يخفى ، وكذلك نهى الأبناء عن انتسابهم إلى غير آبائهم

---

(١) جاء فى شرح الباجى للموطأ ج٦ ص ٨ مانصه : « وقوله صلى الله عليه وسلم : و"عاهر الحجر" العاهر هو الزانى ، وقال عيسى : سئل سفيان بن عيينة عن ذلك فقال : كان العهر فى أهل الجاهلية ظاهراً وهو الزنا ، وكان أهل الجاهلية يقولون : الزنا ماظهر منه فهو إثم ، وما كان خفياً أو متخذه خدنا فلا بأس به فأنزل الله تعالى «قل إنما حرم ربى الفواحش ماظهر منها وما بطن» وأنزل «ولا متخذات أخدان» فلما جاء الإسلام كان من عهر بأمة يملكها غيره أو حرة متزوجة فالذى ولد على فراشه أحق به ، وقضى صلى الله عليه وسلم بالحجر للعاهر على معنى ـ والله أعلم ـ يستحق بفعله الرجم لا الولد ، وإن كان لا يرجم زانى المشركين لكنه صلى الله عليه وسلم لم يخرج قوله ذلك على معنى الاختصاص بأحكام المشركين بل على سبيل العموم ؛ فلما قصد أن يثبت الزنا والعهارة أخبر عنه بأشد أحكامه فى الدنيا ، لأن منهم من حكمه جلد مائة أ وجلد خمسين ، على حسب ماتتنوع إليه الأحكام فى ذلك ، ويحتمل أن يريد بقوله « والعاهر الحجر » أنه لاشىء له من الولد ولا يحصل له من ذلك الزنا غير طرده بالحجارة ،

فقال صلى الله عليه وسلم : من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » لأن انتساب الولد إلى غير أبيه عقوق للأب وإساءة إليه وترك لشكر نعمته عليه .

كما حرم على النساء أن تنسب إحداهن إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه ، فقال صلى الله عليه وسلم . « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء وان يدخلها جنته » .

ومن أجل ذلك عنى فقهاء الإسلام بهذا الحق عناية كبيرة وحرص الكثير منهم على عدم ضياع الولد لاسيما فقهاء الحنفية ، فإذا رأينا بعض الأحكام فى هذا الموضوع لاتتفق مع مجارى العادات فمرجع ذلك هو الرغبة الصادقة فى المحافظة على الولد وعدم ضياعه .

هذا والكلام عن النسب فى موضوعين :(الأول) الأسباب التى تصح أن ينشأ عنها النسب ، و (الثانى) الطرق التى يثبت بها النسب،وسنفرد لكل منهما فصلا على حدة ، ولكن ينبغى قبل الكلام فيهما أن نعرض لبيان أمرين يحتاج إليهما فى مختلف حالات ثبوت النسب (أحدهما) مدة الحمل ، و (ثانيهما) دعوى الولادة وطرق إثباتها وتعيين المولود ، وإليك خلاصة القول فى كل منهما :

١ — مدة الحمل :

للحمل مدة محددة ، وهذه المدة لها حد أدنى لايمكن بحسب العادة تكوين الجنين وولادته حيا فى أقل منه ، وحد أقصى لايمكث الجنين فى بطن أمه أكثر منه ، وحد غالب جرت عادة النساء بالولادة فيه ، وإليك بيان كل :

ا — أقل مدة الحمل :

لاخلاف بين الفقهاء فى أن أقل مدة يولد فيها الجنين حياً هى ستة أشهر ،

وذلك لقول الله تعالى : «ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرهاً ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً (١) » وقوله جل شأنه « ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن وفصاله فى عامين (٢) » .

فالآية الأولى حددت للحمل والفصال «وهو الفطام من الرضاع» ثلاثين شهراً، وحددت الآية الثانية للفصال وحده أربعة وعشرين شهراً، وبإسقاط مدة الفصال من مدة الحمل والفصال معاً تكون مدة الحمل ستة أشهر، ولا يصح أن تكون هذه المدة اقصى مدة الحمل ولا الغالب فيه، لأن الواقع يخالف ذلك فتعين أن تكون أقل مدة للحمل.

وروى أن رجلا تزوج فولدت امرأته ولداً لستة أشهر من وقت الزواج فرفع الأمر إلى عثمان رضى الله تعالى عنه ، فهم أن يرجمها ، فقال عبدالله بن عباس : أما أنها لو خاصمتكم إلى كتاب الله لخصمتكم (أى غلبتكم) قال الله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ، وقال سبحانه « وفصاله فى عامين » فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فأخذ عثمان بقوله ودرأ الحد عنها وأثبت النسب من الزوج (٣) .

ب – أغلب مدة الحمل

وأغلب مدة الحمل هى تسعة أشهر ، وهذا لاخلاف فيه أيضاً لجريان العادة به ، فالمشاهد أن الجنين يولد لتسعة أشهر وقد تمضى الأعوام والدهور ولانسمع فيها أن المرأة ولدت لستة أشهر أو لسنة أو لأكثر منها .

حـ — أقصى مدة الحمل

اما أقصى مدة الحمل فإن آراء الفقهاء اختلفت فيها اختلافا كبيراً ، فقال

---

(١) آية : ١٥ من سورة الأحقاف (٢) آية ٣٤ : من سورة لقمان .

(٣) المبسوط جـ ٦ ص ٤٤ ، البدائع جـ ٣ ص ٢١١

ابن حزم : أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، ونسبه إلى عمر رضى الله عنه(١) ، وقال محمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية : أقصى مدة الحمل سنة قمرية ، وقال الحنفية: أقصى مدة الحمل سنتان ، واستدلوا على ذلك بقول عائشة رضى الله عنها « لا تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل » (٢) وهو كناية عن المدة القليلة أى إن الجنين لا يمكث فى بطن أمه أكثر من سنتين ولا برهة يسيرة قالوا : والظاهر أن عائشة لم تقل ذلك بناء على رأيها بل قالته بناء على السماع من الرسول صلى الله عليه وسلم ، لأن تحديد المدة فى مثل هذه الأمور مما لا يستطيع العقل إدراكه فيكون له حكم الحديث المرفوع ويصح الاحتجاج به .

وقال الشافعية(٣) : أقصى مدة الحمل أربع سنين ، وهو المشهور عند المالكية(٤) استناداً إلى الوقائع وإخبار بعض النساء أنهن حملن فى مثل هذه المدة ، من هذا ما قيل: إن الضحاك ولدته أمه لأربع سنين ، وعبد العزيز بن الماجشون ولدته أمه لأربع سنين، وهذه عادة معروفة فى نساء ماجشون أنهن يلدن لأربع سنين(٥) ، وإن جارة لمالك رضى الله عنه أخبرته بأنها حملت ثلاثة أبطن فى اثنتى عشرة سنة كل بطن أربع سنين(٦) .

وهذه الأقوال — كما ترى — ليس مستند لا من الكتاب ولا من السنة وإنما هى أقوال اعتمد قائلوها فى تقريرها إما على أثر روى عن بعض الصحابة كما فعل الحنفية

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٣١٦ ، ٣١٧ .

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٣١٠ .

(٣) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ١٣٠ .

(٤) وهناك قول آخر يقدرها بخمس سنين وقول ثالث يقدرها بست وقول رابع يقدرها بسبع (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ صـ ٤٧٤) .

(٥) المبسوط جـ ٦ ص ٤٥

(٦) فتح القدير جـ ٣ صـ ٣١٠ .

وإما على بعض الوقائع أو الحكايات التى رويت لهم فى ذلك كما فعل غيرهم ، وهذه لا يصح الاعتماد عليها فى مثل هذا الموضوع ، أما الأثر الذى استند إليه الحنفية ، فلأن تحديد هذه المدة وإن كان لا يدرك بالعقل ولكن يمكن معرفته عن طريق مشاهدة أحوال النساء أو الأخبار عنها فلا يكون الظاهر فيه أن عائشة رضى الله عنها قالته بناء على السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم بل الظاهر أنه رأى لها بناء على ما شهدته أو سمعت عنه من أحوال النساء وعلى هذا لا يكون له حكم الحديث المرفوع ولا يصح الاحتجاج به .

وأما الوقائع التى قيل فيها إن أصحابها ولدوا لأربع سنين فلا أصل لها فإن الضحاك وعبد العزيز ما كانا يعرفان ذلك من أنفسهما . وكذلك غيرهما كان لا يعرف ذلك لأن ما فى الرحم لا يعلمه إلا الله تعالى(١) .

وأما حكاية جارة مالك فإنها — على فرض صحة نسبتها إلى مالك وإلى جارته — يحتمل خطؤها لأن غاية الأمر أن يكون حيضها انقطع أربع سنين ثم جاءت بولد وهذا لا يعتبر دليلا قاطعاً على أنها كانت حاملا طوال السنوات الأربع : بل يجوز أن يكون طهرها امتد سنتين أو أكثر ثم حملت كما يحدث ذلك لكثير من النسا(٢)

وإذا كانت أقصى مدة الحمل لم يرد فيها نص من الكتاب أو السنة ولم يدل عليها دليل من الأدلة التى يصح الاعتماد عليها فى إثبات الأحكام الشرعية وكان فى استطاعة الأطباء الإخصائيين الوصول إلى الحكم الصحيح فيها كان من الواجب الرجوع إليهم فى تقدير هذه المدة ، وهذا ما فعلته وزارة العدل فإنها لجأت إلى الطبيب الشرعى عندما رأت أن العمل بما قرره فقهاء الحنفية من تقدير أقصى مدة الحمل بسنتين قد دفع من لا خلاق لهن من النساء إلى ادعاء نسب أولاد غير شرعيين ،

---

(١) المبسوط جـ ٦ ص ٥٠ .   (٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٣١٠ .

فقرر بناء على بحثه وخبرته أن أقصى مدة الحمل سنة شمسية ورأى عند التشريع أن يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً حتى يشمل جميع الحالات النادرة .

وبناء على ذلك رئى علاج هذا الأمر عن طريق منع سماع دعوى النسب عند الإنكار لولد الزوجة إذا أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة ، وهذا هو ما اشتملت عليه المادة (١٥) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة »

وبصدور هذا القانون عدلت المحاكم عن العمل بمذهب أبى حنيفة فى تحديد أقصى مدة الحمل بسنتين وأخذت بما رآه الطبيب الشرعى من تحديد أقصى مدة الحمل بسنة شمسية عدد أيامها ٣٦٥ يوماً ، وهذا الحكم لا يعتبر خارجا عن الشريعة الإسلامية ، لأنه مأخوذ من قواعدها ، فمن المقرر شرعا وجوب الرجوع فى معرفة الوقائع على وجهها الصحيح إلى قول أهل البصر والمعرفة ، ولا ريب فى أن الأطباء الإخصائيين فى مثل هذا الأمر هم أهل البصر والمعرفة فيه فيتحتم الرجوع إليهم فى معرفته .

ومن أجل ذلك أخذت به لجنة الأحوال الشخصية ، فنصت فى المادة (١٧٤) على أن « أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوما ، وأكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوم ، ويحتسب جزء اليوم الذى وقعت فيه الولادة ، ويكون حساب ذلك بالساعات الفلكية » .

وينبنى على الاختلاف فى تحديد أقصى مدة الحل اختلاف الحكم فى كثير من مسائل ثبوت النسب سيأتى بيانها فى الكلام عن أسباب ثبوت النسب .

٢ — دعوى الولادة وطرق إثباتها وتعيين المولود .

من المعلوم أن النسب لا يثبت إلا بعد تحقق الولادة وتعيين المولود ، ولهذا كان من اللازم الكلام عن إثبات الولادة وتعيين المولود قبل الكلام عن أسباب ثبوت النسب ، وخلاصة القول فى ذلك :

أن المرأة إذا ادعت الولادة بأن قالت : إنها ولدت ، وهذا هو المولود ، وصدقها الزوج فيما ادعت ثبتت الولادة وثبت أيضاً نسب الولد من الزوج إذا توافرت الشروط اللازمة لثبوت النسب على ما يأتى بيانها ، أما إذا ادعت المرأة الولاة وأنكرها الزوج بأن قال : إنها لم تلد وهذا الولد لقيط ، أو اعترف بالولادة ولكنه أنكر شخص المولود بأن قال إنها ولدت بنتا هذا غلام فلا بد حينئذ من إثبات ما تدعيه المرأة وهو الولادة فى الحالة الأولى وتعيين المولود فى الحالة الثانية ، وسنفرد كلا منهما ببيان خاص فيما يلى :

ا — إثبات الولادة :

تختلف طرق إثبات الولادة باختلاف الحالات التى تكون عليها المرأة التى تدعى الولادة ، وذلك لأن المرأة التى تدعى الولادة إما أن تكون زوجة أو معتدة من طلاق رجعى أو معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى أو معتدة من وفاة فهذه حالات أربع :

(الحالة الأولى) أن تكون المرأة التى تدعى الولادة زوجة ، وهذه الحالة تشتمل على صورتين .

الصورة الأولى : أن يكون الزوج قد سبق أن اعترف بالحمل أو كان الحمل ظاهراً فى وقته بحيث يعرف كل من يراها أنها حامل .

وفى هـذه الصورة تثبت الولادة بقول المرأة من غير حاجة إلى الشهادة ، لأن الحمل المفضى إلى الولادة ثابت بظهور أماراته أو الاعتراف به فيثبت ما يفضى إليه وهو الولادة بمجرد إخبار المرأة بها من غير توقف على شىء آخر ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقال الصاحبان لا تثبت الولادة إلا بشهادة امرأة من أهل العدالة كالقابلة وغيرها وقول الصاحبين هنا أوجه ، لأن الزوج قد أنكر دعاءها الولادة فلا بد من إثباتها .

والصورة الثانية : ألا يكون الزوج قد اعترف بالحمل ولم يكن الحمل ظاهراً قبل الولادة ، والحكم فى هـذه الصورة أن الولادة لا تثبت اتفاقاً بقول المرأة بل لابد فى إثباتها من الشهادة ، والشهادة اللازمة فى هذه الصورة تتحقق بشهادة امرأة واحدة من أهل العدالة كالقابلة أو غيرها ، ولا يحتاج فيها إلى الشهادة الكاملة ، وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الولادة من الأمور التى لا يطلع عليها الرجال غالباً ، فاشتراط الشهادة الكاملة فى إثباتها يؤدى إلى الوقوع فى الحرج ، والحرج مرفوع بنص القرآن « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » .

ويقول ابن شهاب الزهرى « مضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن » .

هـذا ومثل المرأة فى ذلك شهادة الطبيب الذى باشر ولادة المرأة أو أى رجل آخر شاهد ولادتها غير متعمد[1] .

(الحالة الثانية) أن تكون المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى ، وهـذه الحالة لها صورتان أيضاً . « الأولى » أن يكون الزوج قد سبق

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٠٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٤٢ بدائع الصنائع ج ٣ ص ٢١٧

منه اعتراف بالحمل أو كان الحمل ظاهراً فى وقته وفى هـذه الصورة تثبت الولادة بقول المرأة وحدها من غير حاجة إلى الشهادة عند أبى حنيفة ، وعند الصاحبين لا تثبت إلا بشهادة امرأة من أهل العدالة كالقابلة أو غيرها كما تقدم .

« الصورة الثانية » ألا يكون الزوج قد سبق منه الاعتراف بالحمل ولم يكن الحمل ظاهراً فى وقته .

وفى هـذه الصورة لا تثبت الولادة عند أبى حنيفة إلا بشهادة كاملة وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين من أهل العدالة وقال الصاحبان : تثبت الولادة بشهاده امرأة واحدة من أهل العدالة كالقابلة وغيرها .

ووجهة نظر أبى حنيفة فى ذلك : أن الشهادة هنا وإن كانت لإثبات الولادة إلا أنه سيترتب عليها ثبوت النسب من الزوج المطلق ، وثبوت النسب يحتاج إلى حجة كاملة ، لأن المرأة إذا ادعت الولاده تكون مقرة بانقضاء العدة ، وبانقضائها تصير أجنبية من الزوج ، وثبوت النسب من المرأه الأجنبية يحتاج إلى حجة كاملة .

ووجهة نظر الصاحبين : أن المقصود من الشهادة هنا إثبات الولادة التى ينكرها الزوج ، أما ثبوت النسب فليس مقصوداً من هذه الشهادة ، لأن ثبوته لا يحتاج إلى شهادة لأن المرأة ما دامت فى العدة فإن سبب ثبوت النسب قائم فإذا أتت بولد يثبت نسبه من الزوج من غير توقف على شهادة ، وإذا كان المقصود من الشهادة إثبات الولادة فإنه يكتفى فيها بشهادة امرأة واحدة كما فى حالة قيام الزوجية ، ومذهب الصاحبين فى هذه المسألة هو الراجح ، وعليه العمل (١) .

---

(١) حكم محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية فى ١٩٣٣/٦/٢٦ والذى جاء فى حيثياته « يكفى فى ثبوت النسب والوراثة شهادة القابلة على الولادة كما هو مذهب الصاحبين ورجحه فى الفتاوى المهدية » مجلة المحاماة الشرعية س ٥ ص ٥١٤ »

(الحالة الثالثة) أن تكون المرأة معتدة من طلاق رجعى ، والحكم فى هذه الحالة يختلف تبعاً لاختلاف المدة التى تدعى المرأة الولادة فيها ، فإن ادعت الولادة بعد سنتين أو أكثر من وقت الطلاق وأنكر الزوج ولادتها فالحكم فيها كالحكم فيما إذا كان النزاع فى حال قيام الزوجية ، لأن معتدة الطلاق الرجعى إذا ولدت بعد مضى سنتين أو أكثر من وقت الطلاق ولم تكن أقرت بانقضاء عدتها كان ذلك رجعة ، لأن الولادة بعد مضى هذه المدة تدل على أن الرجل قد اتصل بها قبل انقضاء العدة ، والاتصال بالمطلقة طلاقا رجعياً قبل انقضاء العدة يكون رجعة عند الحنفية ، كما تقدم ، وبذلك تكون المرأة قد ولدت والزواج قائم ، فيكون النزاع فى الولادة نزاعاً فى حال قيام الزوجية فيكون حكمه كحكمه[1] .

وإن ادعت المرأة الولادة قبل مضى سنتين أو أكثر من وقت الطلاق ولم تكن أقرت بانقضاء عدتها فقد اختلف كبار علماء المذهب الحنفى فيها على رأيين :

رأى يجعلها كالزوجة ، ورأى يجعلها كالمطلقة طلاقا بائناً ، وقد رجح بعضهم الرأى الأول مستنداً فى ذلك إلى أن الطلاق الرجعى لا يزيل رابطة الزوجية ما دامت العدة قائمة ، فيكون الزواج بعده قائما من كل وجه ، وحيث كان الزواج قائما بعد الطلاق الرجعى فإن النزاع فى الولادة بعده يأخذ حكم النزاع فيها فى حال قيام الزوجية[2] .

والظاهر رجحان الرأى الثانى ، لأن الطلاق الرجعى وإن كان لا يزيل

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٤٣ ، ٦٤٤

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٣٠٦

رابطة الزوجية ما دامت العدة قائمة إلا أن المطلقة طلاقا رجعياً إذا ادعت الولادة قبل مضى سنتين أو أكثر من وقت الطلاق تكون مقرة بانتهاء العدة ، والمطلقة رجعياً إذا انتهت عدتها كانت كالمطلقة طلاقا بائنا ، وهذا هو المنظور إليه هنا ، وبذلك تأخذ حكم المطلقة طلاقا بائنا ، وهو الحكم الذى تقدم بيانه فى الحالة الثانية .

(الحالة الرابعة) أن تكون المرأة معتدة من وفاة وأنكر الورثة الولادة والحكم فى هذه الحالة كالحكم فيما إذا كانت معتدة من طلاق بائن ، فإذا كان الحمل ظاهراً قبل الولادة أو كان الورثة قد سبق منهم الاعتراف بالحمل فإن الولادة تثبت بقول المرأة وحدها عند أبى حنيفة ولا تثبت إلا بشهادة امرأة من أهل العدالة عند الصاحبين ، وإن لم يكن الحمل ظاهراً قبل الولادة ولم يكن الورثة قد سبق منهم الاعتراف بالحمل فلا بد من شهادة كاملة عند أبى حنيفة ، ويكفى فى ذلك شهادة امرأة واحدة عند الصاحبين .

ب — تعيين المولود :

ما تقدم كان بياناً للحكم فيما إذا كان النزاع فى نفس الولادة ، أما إذا كان النزاع فى تعيين المولود بأن أنكر الزوج فى حال حياته أو الورثة بعد وفاته أن هذا هو المولود بعينه فإن فقهاء الحنفية يتفقون على أنه لا يحتاج فى تعيينه إلى شهادة كاملة بل يكفى فى تعيينه شهادة امرأة واحدة من أهل العدالة أو شهادة الطبيب الذى باشر الولادة سواء كان النزاع فى حالة الزواج أو فى حالة العدة من طلاق رجعى أو بائن أو وفاة ، لما رواه الدارقطنى عن حذيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم « أجاز شهادة القابلة » ولما رواه ابن شهاب الزهرى « مضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال من ولادة النساء وعيوبهن » .

ولأن الولادة إذا ثبتت كان تعيين شخص المولود سهلا فلا يشترط فيه شهادة كاملة .

الفصل الأول
فى أسباب ثبوت النسب

للنسب أسباب تفيده وينشأ عنها ، وهذه الأسباب تختلف بالنسبة لكل من الرجل والمرأة ، أما المرأة فسبب ثبوت النسب فى حقها هو الولادة فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها سواء كان مجىء هذا الولد عن طريق مشروع أو غير مشروع ، وأما الرجل فسبب ثبوت النسب فى حقه ما يأتى :

١ — الزواج الصحيح .

٢ — الزواج الفاسد .

٣ — الاتصال الجنسى بالمرأة بناء على شبهة.

٣ — الاتصال بالمرأة بناء على ملك اليمين .

ولكل واحد من هذه الأسباب حكم يختص به سنورده فيما يلى تاركين الكلام عن السبب الأخير لندرة وجوده فى العصر الحاضر لاتفاق الدول على إلغاء نظام الرق الذى يترتب عليه هذا السبب .

١ — عقد الزواج الصحيح :

إذا تزوج الرجل زواجا صحيحاً ترتب على هـذا الزواج أن من يجىء من الأولاد ثمرة له يلتحق نسبه به من غير حاجة إلى اعترافه اعترافا صريحاً ، إذا توافرت الشروط التى سيأتى بيانها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « الولد

للفراش »[١] ، فإن المراد من الفراش فى الحديث المرأة التى يحل للرجل شرعا أن يستفرشها ويستمتع بها ، وهى الزوجة والجارية المملوكة ملك يمين[٢] ومعنى الحديث أن الولد الذى تأتى به المرأة يلتحق نسبه بمن يحل له شرعا الاتصال بها اتصالا جنسيا ، وهو الزوج أو السيد .

شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح .

ويشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح توافر الأمور الآتية :

١ — أن يأتى الولد بعد مضى ستة أشهر من وقت الزواج ، فإن ولدت قبل مضى ستة أشهر على عقد الزواج لا تثبت نسب الولد من الزواج باتفاق الفقهاء ، لأن هذه المدة هى أقل مدة يحتاج إليه الجنين حتى يولد حياً ، فإذا جاء الولد قبل

---

(١) هـذا الحديث رواه أصحاب الكتب الستة إلا أبا داود كما فى منتقى الأخبار ونصه « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وفى لفظ البخارى ، الولد لصاحب الفراش » وفى بعض الروايات أن عتبة بن أبى وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن جارية زمعة منى فإذا ولدته فاقبضه إليك . فلما كان عام الفتح أخذه سعدوقال : ابن أخى قدكان عهد إلى فيه ، فنازعه فى ذلك عبد بن زمعة وقال : أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد يا رسول الله ابن أخى قد كان عهد إلى فيه انظر إلى شبهه « يعنى أن الولد يشبه أخاه عتبة فيكون هذا دليلا على أنه ابنه » وقال عبد بن زمعة : أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هو أخوك يا عبد ، ثم قال « الولد للفراش وللعاهر الحجر » (منتقى الأخبار شرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٧ والموطأ بشرح الباجى ج ٦ ص ٢٣٤) .

(٢) فى القاموس أن الفراش زوجة الرجل ، والجارية يفترشها الرجل .

مضى هذه المدة على عقد الزواج كان ذلك دليلا على أن الحمل به حدث قبل الزواج فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه ، ولم يقل إنه من الزنا ، ويحمل ذلك على أن المرأة حملت به منه قبل العقد عليها إما بناء على عقد آخر حدث بينهما قبل هذا العقد ، وإما بناء على عقد فاسد أو اتصال بشبهة وذلك مراعاة لمصلحة الولد وتصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن ، وحملا لحال الناس على الصلاح وستراً على الأعراض .

٢ — أن يكون الزوج ممن يتصور أن يكون الحمل منه عادة بأن يكون بالغا أو مراهقاً على الأقل ، وهو من بلغ اثنتى عشرة سنة ، فلو كان الزوج صغيراً لم يصل إلى درجة البلوغ أو المراهقة وجاءت زوجته بولد فلا يثبت نسبه منه حتى ولو ولدته لأكثر من ستة أشهر من تاريخ العقد .

٣ — إمكان تلاقى الزوجين بعد العقد ، وهذا الشرط لا خلاف فيه بين الفقهاء[1] وإنما الخلاف بينهم فى المراد بهذا الإمكان أهو الإمكان العقلى أو

---

(١) أما ما جاء فى بعض الكتب الفقهية من أن إمكان الدخول بالزوجة ليس شرطا لثبوت النسب بالعقد الصحيح عند الحنفية خلافا للأئمة الثلاثة وإن إمكان الدخول بالزوجة شرط لثبوت النسب عندهم فهو تقرير لمذهب الحنفية على غير الوجه الصحيح ، يقول الكمال بن الهمام فى فتح القدير ج ٣ ص ٣٠١ «قال بعض المشايخ : إن قيام الفراش « يعنى بالزواج الصحيح » كاف فى ثبوت النسب ولا يعتبر إمكان الدخول بل العقد قائم مقامه كما فى تزوج المشرقى بمغربية ، والحق أن تصور اتصال الرجل بالمرأة شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبى بولد لا يثبت نسبه ،والتصور ثابت فى المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات» .

هـذا وقد شذ ابن تيمية فلم يكتف باشتراط إمكان الدخول بالزوجة بل اشترط الدخول الحقيق بها ، وأيد هذا تلميذه بن القيم فقال : وهل يعد أهل اللغة والعرف المرأة فراشاً قبل البناء بها وكيف تأتى الشريعة بإلحاق نسب من لم يبن=

العادى ؟ فقال الحنفية : المراد به الإمكان العقلى فمتى كان التقاء الزوجين جائزاً عقلا ثبت نسب الولد من الزوج إذا ولدته لستة أشهر من تاريخ العقد حتى ولو لم يثبت تلاقيهما حسا ، وقال الأئمة الثلاثة : المراد بإمكان التلاقى بين الزوجين الإمكان العادى لا العقلى لأن الإمكان العقلى قليل نادر ، والأحكام إنما تبنى على الكثير الغالب دون القليل النادر ، فلو تزوج رجل امرأة ولم يتلاقيا بعد العقد أو لم يكن فى الإمكان تلاقيهما عادة ثم أتت بولد بعد مضى ستة أشهر من تاريخ العقد عليها لا يثبت نسبة منه عند الأئمة الثلاثة ، خلافا للحنفية .

وبناء على هـذا قال الحنفية : لو تزوج رجل فى المشرق بامرأة فى المغرب بينهما مسافة سنة فولدت لستة أشهر منذ تزوجها ثبت النسب لأن التقاء الزوجين وإن كان لا يمكن عادة إلا أنه يمكن عقلا لاحتمال أن يكون الزوج من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات البعيدة (١) .

وقال الأئمة الثلاثة : لا يثبت النسب من الزوج لأن التقاء الزوجين هنا لا يمكن بحسب العادة فلم يتحقق الشرط لثبوت النسب بالزواج الصحيح عندهم .

= بامرأته ولا دخل بها ولا اجتمع بها بمجرد إمكان ذلك ، وهـذا الإمكان قد قطع بانتفائه عادة فلا تصير المرأة فراشاً إلا بدخول محقق ، ولكن يمكن أن يرد على ذلك بما قاله الشوكانى فى نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٢٦ : إن معرفة الوطء المحقق متعسرة فاعتبارها يؤدى إلى بطلان كثير من الأنساب وهى يحتاط فيها واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط .

(١) يقول النسفى فى العقائد « وكرامات الأولياء حق فتظهر الكرامة على طريق نقض العادة للولى من قطع المسافة البعيدة فى المدة القليلة وظهور الطعام والشراب واللباس عند الحاجة ، والمشى على الماء والهواء وكلام الجماد والعجماء واندفاع المتوجه من البلاء وكفاية المهم من الأعداء وغير ذلك من الأشياء » (حاشيه ابن عابدين ج ٢ ص ٦٤٧) .

وقد يبدو أن إثبات النسب من الزوج بناء على مجرد إمكان التلاقى بين الزوجين عقلا كما قال الحنفية مخالف للظاهر ، ولكن الذى دعى الحنفية إلى تقرير هذا الحكم هو حرصهم على الولد وعدم ضياعه حفظاً لنفس إنسانية قد يكون لها خطرها ونفعها إن أحيطت بالعناية والرعاية وخطرها وضررها إن أهملت ، وهى نظرة جديرة بالتقدير لا بالتشهير .

ومع هذا فإن ثبوت النسب من الزوج لا يترتب عليه إلحاق ضرر به ما دام الشرع قد فتح منفذاً يستطيع منه الأب أن ينفى عنه نسب من يجىء من زوجته إذا علم أنه ليس منه وهو اللعان ، فإذا تيقن الزوج أن الولد ليس منه فله أن ينفيه عن نفسه ويرفع الأمر إلى القاضى ليجرى اللعان بينه وبين زوجته ويقطع نسب الولد عنه .

هذه هى الشروط التى لا بد من توافرها لثبوت النسب بالزواج الصحيح[١] فإذا انتفى شرط منها لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه ، وإذا تحققت ثبت النسب من الزوج ، ولا يملك نفيه عنه إلا بإجراء اللعان ويشترط لإجراء اللعان بين الزوجين لانتفاء النسب ، الأمور الآتية :

١ — أن ينفى الزوج الولد عند الولادة أو وقت شراء ما يلزم لها أو للولد أو فى مدة التهنئة بالمولود ، وهذا عند أبى حنيفة ، ولم يرو عنه فى ظاهر الرواية

---

(١) وقد زادت لجنة الأحوال الشخصية شرطا آخر ، وهو ألا يثبت بطريق قطعى أن الرجل غير مخصب أولا يمكن أن يأتى منه الولد لمانع خلقى أو مرضى ، فصت على ذلك فى المادة (١٨٤) من المشروع ، كما نصت على أنه إذا حصل نزاع فى ذلك استعانت المحكمه بأهل الخبرة ، وهو حكم جديد استنتجته اللجنة بناء على تقدم الطب فى هذا الشأن فى العصر الحاضر .

تقدير هـذه المدة بزمن معين بل جعل تقديرها مفوضا إلى رأى القاضى ، وروى عنه تقديرها بسبعة أيام بناء على عرف الناس وعادتهم فى ذلك .

وقال أبو يوسف ومحمد : إن نفى الولد لايتقدر بهذه المدة وإنما يتقدر بأكثر مدة النفاس ، وهى أربعون يوما .

ووجههما فى ذلك : أن النفاس أثر الولادة فيأخذ حكمها فكما يكون للزوج أن ينفى الولد عند الولادة يكون له أيضاً الحق فى نفيه مادام أثرها باقيا .

ووجهة أبى حنيفة فى ذلك : أن نفى الولد أو عدم نفيه يحتاج إلى التفكير والتروى قبل الإقدام عليه ، إذ ربما ينفى نسبه وهو منه ، أو يعترف به وهو ليس منه وكلاهما لا يحل شرعا ، للأحاديث الواردة فى ذلك والتى سبق إيرادها وعلى هذا لابد من إعطائه مدة يفكر فيها ويتروى ، وهـذه المدة تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال فلا يمكن تحديد زمن يطبق بالنسبة لجميع الأفرادوالحالات، فيجب تفويض ذلك إلى القاضى أو إلى عرف الناس وعادتهم فى ذلك .

وهذا إذا كان الزوج حاضراً فلو كان غائباً ولم يعلم بالولادة حتى حضر فإن له أن ينفيه وقت حضوره أو فى مقدار مدة التهنئة عند أبى حنيفة ومقدار مدة أكثر النفاس عند أبى يوسف ومحمد .

ورأى أبى حنيفة فى هـذه المسألة هو الراجح لأن إعطاء الزوج مدة للتروى قبل الإقدام على نفى الولد قد ثبت على خلاف الأصل ، إذ الأصل المقرر أن نفى الولد لا يصح إلا وقت العلم بالولادة ، وقد عدل عن هـذا الأصل للحاجة إلى التروى ، وهو لا يحتاج إلى أربعين يوما كما يقول الصاحبان ، ولأن بقاء الباب مفتوحا أمام الزوج لنفى نسب الولد طوال هذه المدة يترتب عليه الإضرار بالولد وعدم استقرار نسبه وهو لا يجوز .

وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية تقدير هذه المدة بثلاثة أيام كاملة من وقت الولادة أو العلم بها ، نصت على ذلك فى الفقرة الأولى من المادة (١٩٧) من مشروع القانون .

٢ — ألا يكون الزوج أقر بالولد صراحة أو دلالة ، مثال الإقرار صراحة أن يقول : هذا ولدى أو هـذا الولد منى ، ومثال الإقرار دلالة أن يقبل التهنئة بالمولود أو يسكت عند التهنئة به ولا يرد على المهنىء لأن العاقل لا يسكت عادة عند التهنئة بولد ليس منه ، فإذا سكت كان سكوته اعترافا بالنسب دلالة .

وعلى هذا لو أقر الزوج بالولد صراحة أو دلالة أو سكت عن نفى نسبه حتى مضت مدة التهنئة أو أكثر مدة النفاس على حسب الخلاف الذى تقدم بيانه ثم نفى نسبه بعد ذلك لا ينتفى نسب الولد منه لأن سكوته عن النفى حتى مضت هذه المدة يعتبر إقراراً منه بالولد ، والإقرار بالنسب لا يصح الرجوع فيه .

ومع هذا فإن المرأة يكون لها الحق فى طلب إجراء اللعان بينها وبين زوجها ، لأنه لما نفى نسب الولد منه كان متهما لها بالزنا فيـكون لها أن تدفع العار عن نفسها باللعان بينها وبينه ، ولو تم اللعان بينهما لا يترتب عليه قطع نسب الولد عن الزوج لأن نسبه قد ثبت بالإقرار صراحة أو دلالة فلا يمـكن نفيه بعد ذلك .

٣ — أن يـكون كل من الزوجين أهلا للعان عند ابتداء الحمل بالولد ، ويعرف ذلك بولادة الولد بعد مضى ستة أشهر أو أكثر من وقت أهليتهما للعان ، وعلى هذا لو كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية ثم أسلمت وولدت ولدا فنفى الزوج نسبه ، فإن كانت ولادته بعد مضى ستة أشهر أو أكثر من وقت إسلامها أجرى القاضى اللعان بينهما وقطع نسب الولد من أبيه وألحقه بأمه ،

لأن الزوجة لما ولدت الولد بعد هذه المدة تبين أنها كانت أهلا للعان عند ابتداء الحمل به .

وإن كانت ولادته قبل مضى ستة أشهر من وقت إسلامها لا ينتفى نسبه من الزوج ، لأن نسبه قد ثبت من الزوج لوجود الزواج الصحيح وتوافر الشروط المعتبرة لثبوت النسب به ، والنسب متى ثبت لا يقطع إلا باللعان ، واللعان لا يمكن إجراؤه بين الزوجين لعدم أهلية الزوجة له عند ابتداء الحمل .

٤ — أن يكون الولد حياً عند الحكم بقطع النسب . فلو ولدت المرأة ولدا ونفى الزوج نسبه ثم مات قبل حصول اللعان أو مات بعد حصوله ولكن قبل الحكم بقطع نسبه من الزوج لا ينتفى عنه، لأن النسب يتقرر بالموت، والشيء إذا تقرر لا يمكن نفيه ، ولكن للزوجة الحق فى طلب إجراء اللعان بينها وبين الزوج لدفع عار الزنا عن نفسها كما تقدم .

هذا وقد كانت المحاكم تسير على مذهب أبى حنيفة وهو الاكتفاء فى ثبوت النسب بالعقد الصحيح ما دام الدخول بالزوجة ممكناً عقلا ، وجعل أقصى مدة الحمل سنتين . ولكن رئى أن العمل بمذهبه قد يؤدى إلى ثبوت نسب أولاد إلى غير آبائهم فصدر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ وقضى فى المادة (١٥) بمنع القضاة من سماع دعوى نسب الولد فى حالة الإنكار إذا ثبت عدم التلاقى بين الزوج وزوجته من حين العقد إلى الولادة كما قضى بمنعهم من سماع مثل هذه الدعوى إذا أتت الزوجة بالولد بعد سنة من غيبة الزوج عنها . وعلى هذا لو ولدت المرأة التى لم يلتق بها زوجها من حين العقد إلى الولادة فإن اعترف زوجها بالولد ثبت نسبه منه وانتهى الأمر وإن أنكر الولد ورفعت الأمر إلى القضاء كان للمحكمة أن تسمع هذه الدعوى وتسير فيها إلا إذا أقام الزوج الدليل على أنه

تزوجها بالتوكيل أو المراسلة مثلا وأنه منذ تزوجها على هذا النحو لم يحصل لقاء بينهما فحينئذ ترفض دعوى الزوجة ولا يكون لها الحق فى طلب إجراء الملاعنة بينها وبين زوجها ، ولا إقامة البينة على إثبات النسب ، ولا توجيه اليمين إلى الزوج عند عجزها عن الإثبات ، ومثل ذلك أن الزوجة التى عاشرها زوجها مدة ثم غاب عنها فإنها لو ولدت بعد سنة من غيبة الزوج عنها فإن اعترف زوجها بالولد ثبت نسبه منه ، وإن أنكر نسبه رفعت الأمر إلى القضاء فإن أثبت الزوج أنه كان غائباً عنها طوال هذه المدة ولم يحصل لقاء بينهما رفضت المحكمة الدعوى ، وإن عجز الزوج عن إثبات غيبته سمعت المحكمة الدعوى وسارت فيها .

وهذا القانون يتفق مع مذهب الأئمة الثلاثة لأنهم يشترطون لثبوت النسب بالعقد الصحيح إمكان التلاقى بين الزوجين إمكانا عاديا ، ولا يكتفون فى ذلك بالإمكان العقلى كما تقدم ، فإذا ثبت عدم التلاقى بينهما أو كان التلاقى غير ممكن عادة لا يثبت النسب ، ولكن يلاحظ على القانون أنه اقتصر على المنع من سماع الدعوى ، ولم يتعرض لأصل الموضوع وهو ثبوت النسب أو عدم ثبوته ، وكان فى إمكان المشرع أن يفصل فى الأمر فيحكم بعدم ثبوت النسب لقيام الدليل الظاهرى على نفيه معتمداً فى ذلك على مذهب الأئمة الثلاثة بالنسبة للزوجة التى لم يلتق بها زوجها أما بالنسبة لمن غاب عنها زوجها فإنه يمكن أن يبنى ذلك على رأى محمد بن عبد الحكم من المالكية ولعله لم يفعل ذلك ليترك منفذاً للزوج ينفذ منه إلى ادعاء الولد لو أراد ادعاءه بعد ذلك ، وبعداً عن اتهام الأم بالزنا.

ثبوت النسب بعد الفرقة :

والزواج ما دام قائما فإن النسب يثبت به متى توافرت شروط ثبوت النسب

التى سبق بيانها . أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب من الأسباب ، سواء كان طلاقا أم فسخاً أم وفاة ، فلا يثبت النسب من الزوج إلا إذا جاء الولد فى مدة مخصوصة ، وهذه المدة تختلف تبعاً لوجوب العدة على المرأة بعد الفرقة وعدم وجوبها وتبعاً لنوع الفرقة وتقدير أقصى مدة الحمل ، وتفصيل القول فى ذلك كما يأتى :

١ — إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول والخلوة ثم ولدت ولداً فإن كانت ولادة هذا الولد قبل مضى ستة أشهر من وقت الطلاق التحق نسبه بالزوج ، وإن كانت الولادة بعد مضى ستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لا يلتحق نسبه بالزوج ، لأن الطلاق قبل الدخول والخلوة يزول به الزواج من كل وجه فلا يثبت النسب إلا إذا تيقنا بحدوث الحمل قبل حصول الفرقة ، فإذا جاءت المرأة بولد قبل مضى أقل مدة الحمل من وقت الفرقة علمنا يقينا بأنها حملت به قبل الفرقة فيثبت نسبه من الزوج ويحكم بدخوله بالزوجة ويجب لها جميع المهر ، وإذا جاءت به بعد مضى أقل مدة الحمل لم نتيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفرقة لمضى مدة تصلح لتكوين الجنين بعد الفرقة ، فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا لأنه التزمه ، وله وجه بأن يحمل على أنه اتصل بها بناء على شبهة ، والنسب مما يحتاط فى إثباته بقدر الإمكان ستراً للأعراض وصيانة للولد من الضياع .

٢ — وإذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول وكان الطلاق رجعيا ولم تقر المرأة بانقضاء عدتها فإن نسب الولد يثبت من الزوج عند الحنفية سواء ولدته قبل مضى سنتين من تاريخ الطلاق أو بعد مضى سنتين أو أكثر لأن الطلاق الرجعى — كما تقدم — لا يحرم المرأة على زوجها فيجوز له شرعاً الاستمتاع بها

ويكون ذلك رجعة ، فإذا ولدت قبل مضى سنتين من وقت الطلاق حمل ذلك على أنها حملت به أول العدة ، وإذا ولدته بعد مضى سنتين أو أكثر حمل ذلك على أن زوجها واقعها بعد الطلاق وإنها ممتدة الطهر فيثبت النسب منه ويحكم بمراجعته لها .

وإن أقرت المرأة بانقضاء العدة ، وكانت المدة تحتمل انقضاءها بأن كانت ستين يوما عند أبى حنيفة وتسعة وثلاثين يوما عند الصاحبين ، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا كانت المدة بين الإقرار والوضع أقل من ستة أشهر ، فإن كانت ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه ، لأن المدة إذا كانت أقل من ستة أشهر تبين أنها كاذبة أو مخطئة فى إقرارها بانقضاء العدة لأنها كانت حاملا وقت الإقرار وأن عدتها لم تنته بعد ، فيبطل إقرارها ويثبت النسب ، وإذا كانت ستة أشهر أو أكثر لم يتبين بطلان إقرارها لأن المدة بين الإقرار وبين الوضع تكتفى لتكوين الجنين فيحتمل أنها حملت به بعد انقضاء العدة فلا يثبت النسب من الزوج إلا إذا ادعاه .

٣ — وإذا طلق الرجل زوجته بعد الخلوة أو الدخول وكان الطلاق بائنا ولم تقر بانقضاء العدة فلا يثبت نسب الولد منه عند الحنفية إلا إذا جاءت به قبل مضى سنتين من وقت الطلاق فإن جاءت به بعد سنتين أو أكثر لا يثبت نسبه من الزوج ، لأن أقصى مدة الحمل عند الحنفية سنتان كما تقدم فإذا ولدت المرأة قبل مضى سنتين من وقت الطلاق كان هناك احتمال أنها حملت به من الزوج قبل الطلاق فيثبت النسب منه ، أما إذا ولدت بعد مضى سنتين أو أكثر فلا يكون هناك احتمال بأن هذا الولد من الزوج فلا يثبت النسب منه إلا إذا ادعاه ، وإن أقرت المرأة بانقضاء العدة وكان إقرارها بعد مضى مدة من وقت الطلاق يحتمل انتهاء العدة فيها فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا ولدته

لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، وكانت المدة بين الطلاق وبين الوضع أقل من سنتين ، فإذا كانت المدة بين الإقرار وبين الوضع ستة أشهر أو أكثر لا يثبت النسب للسبب الذى تقدم بيانه فى حالة الطلاق الرجعى ، وكذلك لو كانت المدة بين الإقرار وبين الوضع أقل من ستة أشهر وكانت الولادة بعد مضى سنتين أو أكثر من وقت الطلاق كما لو أقرت بانقضاء العدة بعد مضى سنة وتسعة أشهر من تاريخ الطلاق ثم وضعت ولداً بعد أربعة أشهر من تاريخ الإقرار ، لأن أقصى مدة الحمل عند الحنفية سنتان والمطلقة بائناً لا يحل للزوج أن يتصل بها اتصالا جنسياً ، فإذا وضعت بعد مضى سنتين أو أكثر كان ذلك دليلا على أنها حملت به بعد الطلاق البائن فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه .

٤ — وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب وفاة الزوج ثم ولدت الزوجة ولداً كان الحكم فى ثبوت نسبه من الزوج كالحكم فى ثبوت النسب فى حالة الطلاق البائن . فإن كانت المرأة لم تقر بانقضاء العدة قبل الإتيان بالولد ثبت نسب الولد من الزوج إذا ولدته قبل مضى سنتين من وقت الوفاة فإن ولدته بعد مضى سنتين أو أكثر لا يثبت نسبه منه ، وإن كانت أقرت بانقضاء العدة لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا كانت المدة بين الإقرار وبين الوضع أقل من ستة أشهر ، للسبب الذى تقدم بيانه(١) .

---

(١) وها هى قضية تتعلق بهذا الموضوع تتلخص فى أن رجلا طلق زوجته طلاقا بائناً فى ١٤ من ذى الحجة سنة ١٣٤٤ (٢٥ يونية سنة ١٩٢٦) وتزوجت برجل آخر فى ١٨ صفر سنة ١٣٤٥ (٢٦ أغسطس سنة ١٩٢٦ ثم وضعت ولداً فى ٢٠ من جمادى الآخرة سنة ١٣٤٥ (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦) أى قبل مضى ستة

هذا هو مذهب الحنفية الذى كان معمولا به حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذى حدد أقصى مدة الحمل بسنة شمسية (عدد أيامها ٣٦٥ يوماً) وبناء على هذا لو وقعت الفرقة بين الزوجين سواء كانت بالوفاة أو الطلاق الرجعى أو البائن أو الفسخ ثم ولدت الزوجة ولداً بعد مضى سنة أو أقل من تاريخ الفرقة ثبت نسب ولدها من الزوج ، وإذا ولدته بعد مضى أكثر من سنة لا يثبت نسبه من الزوج .

ولكن المادة (١٥) من القانون المذكور لم تتعرض لنفى النسب إذا أتت المرأة بالولد بعد الفرقة لأكثر من سنة ، واكتفت بالمنع من سماع الدعوى فى حالة الانكار فقالت « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة

= أشهر على الزواج الذى يعتبر إقراراً ضمنياً بانقضاء العدة . فرفع الزوج الأول دعوى يطلب فيها ثبوت نسب الولد منه وعدم تعرض الأم والزوج له وتسليمه إياه فقضت المحكمة بثبوت نسب الولد من المدعى وجاء فى حيثيات هذا الحكم ما يأتى :

من حيث إن زواج المدعى عليها الأولى بالمدعى عليه الثانى بتاريخ ٢٦ أغسطس سنة ١٩٢٦ إقرار ضمنى منها بانقضاء عدتها من المدعى ، ومن حيث إن المنصوص عليه شرعا أن معتدة الطلاق البائن إذا أقرت بانقضاء عدتها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ الإقرار ولأقل من سنتين من تاريخ الطلاق البائن يثبت نسبه من المطلق ، وكانت مكذبة شرعا فى إقرارها بانقضاء عدتها ، وقد استؤنف هذا الحكم ولكنه تأيد استئنافياً (حكم محكمة الجمالية الشرعية فى ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المنشور فى مجلة المحاماة الشرعية ص ٤٦٩ ، س : ٣) .

وهذا يقتضى أن المرأة لو وضعت ولداً بعد حصول الفرقة بينها وبين زوجها فإن كانت المدة بين الفرقة وبين الوضع ٣٦٥ يوماً فأقل ثبت نسب الولد من الزوج ، لأن الحمل يعتبر حاصلا فى أثناء الزوجية بناء على أن هـذه المدة هى أقصى مدة الحمل ، وإن كانت المدة بين الفرقة والوضع أكثر من ٣٦٥ يوماً ولم ينكر الزوج الولد ثبت نسبه منه ، وإن أنكر الزوج الولد ورفعت الزوجة دعوى لإثبات نسب الولد منه لا تسمع هذه الدعوى ، لأن الحمل حينئذ يعتبر حادثا بعد حصول الفرقة بينها وبين الزوج ، فدعوى نسبه منه يكذبها الظاهر فلا تسمع .

وإذا أقرت المرأة بانقضاء العدة وكانت المدة تحتمل انقضاءها ثم أتت بولد ثبت نسبه من الزواج اذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، وفى خلال سنة أو أقل من تاريخ الفرقة ، لأن ولادة الولد حينئذ تدل على أنه كان موجوداً وقت الإقرار بانقضاء العدة فلا يكون إقرارها بانقضاء العدة صحيحاً ويثبت نسب الولد من الزوج لحصول الحمل به قبل وقوع الفرقة بينه وبين زوجته وإذا ولدته بعد مضى ستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار لا يثبت نسبه من الزوج ولو كانت المدة بين الولادة والفرقة أقل من سنة ، لأن المدة بين الإقرار وبين الولادة كافية لحدوث الحمل وتكوين الجنين فلا يحكم بكذب المرأة فى إقرارها بانقضاء العدة لاحتمال أنها حملت به بعد الفرقة أو انقضاء العدة فلا يثبت نسبه من الزوج .

هذا هو حكم ثبوت النسب بالزواج الصحيح على حسب ما يجرى عليه العمل الآن ، وهو مبنى على ما قرره الفقهاء من تحديد أقل مدة الحمل بستة أشهر وما قرره الطب الشرعى من تحديد أقصى مد الحمل بسنة عدد أيامها ٣٦٥ يوماً .

وقد أخذت بذلك لجنة الأحوال الشخصية فى مشروع القانون الذى وضعته بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن أو وفاة فنصت فى المادة (١٧٧) على أن « المعتدة من بينونة أو وفاة إذا لم تقر بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال خمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ البينونة أو الوفاة »

أما المعتدة من الطلاق الرجعى فإنها اختارت ثبوت نسب الولد من المطلق إذا ولدته خلال العدة ، فإن ولدته بعد اعتبار عدتها منقضية بمضى المدة أو بإقرار منها بالانقضاء لا يثبت النسب إلا إذا جاءت بالولد قبل مضى مائة وثمانين يوما من تاريخ اعتبار العدة منقضية ، وفى هذه الحال تعتبر الولادة دليل الرجعة واستمرار الزوجية (مادة ١٧٦)

والسر فى هذا الاختيار يرجع إلى أن الطلاق الرجعى لا ينهى الزوجية إلا بانقضاء العدة، أما الطلاق البائن فإنه ينهى الزوجية حين وقوعه ، والوفاة مثله فى ذلك .

الزواج الفاسد :

من المقرر أن الزواج الفاسد يأخذ حكم الزواج الصحيح فى حق ثبوت النسب ، لأن النسب يحتاط فى إثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه (١) غير أن النسب لا يثبت بالزواج الفاسد إلا إذا دخل الرجل بالمرأة دخولا حقيقياً (٢) ، فإذا تزوج الرجل امرأة زواجا فاسداً ولم يدخل بها ثم أتت بولد لا يثبت نسبه منه (٣) . وإن دخل بها ثم أتت بولد ثبت نسبه منه إذا توافر أمران:

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤٧٠

(٢) أما لو اختلى بها ثم جاءت بولد فإن نسبه لا يثبت من الزوج ولا يجب المهر ولا العدة إلا فى رواية عن أبى يوسف ، وإن لم يختل بها لا يلزمه الولد (تبيين الحقائق ج ٢ ص ١٥٣)

(٣) تبيين الحقائق ج ٢ ص ١٥٢ ، جامع الفصولين ج ٢ ص ٣٤

الأول : أن يكون الزوج ممن يتصور أن يكون الحمل منه بأن كان بالغا أو مراهقا .

الثانى : أن تأتى المرأة بالولد بعد مضى أقل مدة الحمل وهى ستة أشهر ، أو أكثر فإن أتت به لأقل من ستة أشهر لايثبت نسبه من الزوج لتأكد حصول الحمل حينئذ من زوج سابق ، وهذا لاخلاف فيه بين أئمة الحنفية وإنما الخلاف بينهم فى أن هذه المدة هل تحتسب من وقت العقد أو من وقت الدخول فقال أبو حنفية وأبو يوسف : إنها تحتسب من وقت العقد ، اعتباراً بالعقد الصحيح فكما أن هذه المدة تحتسب فى العقد الصحيح من وقت العقد فكذلك فى العقد الفاسد بالقياس عليه .

وقال محمد : إنها تحتسب من وقت الدخول لا العقد وعلى هذا لو تزوج رجل امرأة زواجاً فاسداً فى أول يناير ١٩٦١ ودخل بها فى أول فبراير من نفس السنة ثم جاءت بولد فى أول يوليه من نفس السنة يثبت نسبه من الزوج عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأنها ولدته لستة أشهر من تاريخ العقد وإن كانت أقل من ستة أشهر من وقت الدخول ،

ولا يثبت نسب الولد عند محمد لأنها ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول ، لأن الزواج الصحيح إنما جعل سبباً لثبوت النسب لكونه مظنة لاتصال الرجل بالمرأة اتصالا ينشأ عنه الولد عادة . وهذا إنما يكون فى الزواج الصحيح لا الفاسد ، لأن الزواج الصحيح هو الذى يحل به لكل من الزوجين التمتع بالآخر ، أما الفاسد فلا يحل به للرجل التمتع بالمرأة ولا يحل للمرأة أن تمكنه من ذلك ، ولهذا كان الدخول الحقيقى شرطا لثبوت النسب بالزواج الفاسد دون الزواج

الصحيح، وإذا كان الدخول لابد منه لثبوت النسب بالزواج الفاسد كان هو المتعبر فى ثبوت النسب ومن ثم يتعين أن يكون احتساب المدة التى يثبت فيها النسب من وقت الدخول لامن وقت العقد ، ومن هذا يتبين الفرق الواضح بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد ، ومع وجود هذا الفرق لايصح أن يقاس الزواج الفاسد على الزواج الصحيح كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، ولهذا كان المفتى به فى المذهب الحنفى هو قول الإمام محمد (١).

وقد اختارته لجنة الأحوال الشخصية فى مشروع القانون الذى وضعته ، فنصت فى الفقرة الأولى من المادة (١٧٨) على ما يأتى:

« لايثبت نسب الولد فى الزواج الفاسد من الرجل إذا جاءت به المرأة قبل المتاركة أو التفريق لمائة وثمانين يوما فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقى »

وإذا أتت المرأة بولد بعد ستة اشهر او أكثر من وقت العقد على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف أو من وقت الدخول على رأى محمد ثبت نسبه من الزوج من غير توقف على اعتراف الزوج بنسبه أو اى شىء آخر ، ولو نفاه لاينتفى نسبه عنه ، لأن النسب إذا ثبت لاينتفى إلا باللعان ، واللعان لايكون — عند الحنفية — إلا فى حال قيام الزواج الصحيح حقيقة أو حكما كما فى عدة الطلاق الرجعى ، والزواج هنا غير صحيح فلا يمكن إجراء اللعان بين الرجل والمرأة ، ومتى امتنع اللعان امتنع انتفاء النسب .

وإذا فارق الرجل المرأة التى عقد عليها عقداً فاسداً أو فرق القاضى بينهما بعد الدخول ثم أتت بولد فإن جاءت به لأقل من سنتين من وقت الفرقة أو

(١) فتح القدير ج٢ ص ٤٧٠ ، وحاشية ابن عابدين ج٦ ص ٢٦١ ، ٦٢٣ ، الفتاوى الهندية ج٤ ص ١٣٠ ، الفتاوى الخانية ص ٣٥١ . (هامش الفتاوى الهندية ج ١)

التفريق ثبت نسبه من الزوج وإن جاءت به بعد سنتين أو أكثر لا يثبت نسبه منه ، وهذا بناء على تقدير أقصى مدة الحمل بسنتين كما هو مذهب الحنفية ، أما على تقديره بسنة شمسية وهو مايجرى عليه العمل فإن المرأة إذا جاءت بالولد خلال سنة أو أقل من وقت الفرقة أو التفريق ثبت نسبه من الزوج ، وإن جاءت به لأكثر من سنة ، واعترف الزوج به ثبت نسبه منه ، وإن أنكر ورفعت المرأة دعوى تطالب فيها بثبوت نسب الولد من الزوج فلا تسمع المحكمة هذه الدعوى .

٣ — الاتصال الجنسى بناء على شبهة :

المقصود بالاتصال الجنسى المبنى على شبهة ألا يكون زنا ولا ملحقاً بالزنا وألا يكون بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد ، ولهذا الاتصال صورة عديدة منها أن يتزوج الرجل امرأة ولم يكن رآها عند العقد ولا قبله ثم تزف إليه امرأة أخرى ويقال إنها زوجته فيدخل عليها بناء على ذلك .

ومنها أن تكون المرأة مطلقة ثلاثاً فيتصل بها المطلق فى أثناء العدة معتقداً أنها تحل له (١) .

فإذا اتصل الرجل بامرأة اتصالا جنسيا بناء على شبهة ثم أتت بولد ثبت نسبه منه إذا أتت به بعد مضى ستة أشهر أو أكثر من وقت الاتصال ، لتأكد أن الحمل حدث بعد هذا الاتصال ، وإن أتت به قبل مضى ستة أشهر لا يثبت النسب منه ، لتأكد أن الحمل حدث قبل هذا الاتصال إلا أنه إذا ادعاه ثبت نسبه منه ، لأنه التزمه ، ولالتزامه وجه ، وهو أن يكون قد اتصل بها قبل ذلك بناء على شبهة اخرى .

---

(١) حاشيه ابن عابدين حـ ٣ » ص ١٥٠ ، ١٥٨ ، حـ ٢ ص ٦٤١

وإذا زالت الشبهة وترك الرجل المرأة ثم أتت بولد فالحكم فيه كالحكم فيما لو ولدت المرأة ولدا بعد الفرقة من زواج فاسد ، وقد بيناه فيما تقدم .

أما إذا لم يكن الاتصال بالمرأة قائماً على عقد صحيح أو فاسد أو شبهة تمحو وصف الزنا عن الرجل فإن النسب لا يثبت به ، فلو زنا رجل بامرأة وجاءت بولد لا يثبت نسبه منه حتى ولو أتت به بعد مضى ستة أشهر من وقت الزنا ، لأن الشريعة أهدرت الزنا وأبطلت ما كان عليه أهل الجاهلية من اعتباره سبباً للنسب ، فجاء على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولأن النسب نعمة من نعم الله تعالى ، والزنا محظور شرعا ولا يعقل أن تنال النعم بارتكاب المحظور (١)

وهذا ما أخذت به لجنة الأحوال الشخصية فنصت فى الفقرة الثانية من المادة (١٩٠) على أنه «لا يثبت نسب ولد الزنا من الزانى إلا إذا أقر به غير معترف أنه من الزنا»

ولو تزوج رجل امرأة زواجاً باطلا ودخل بها ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه منه ، حتى ولو جاءت به بعد مضى ستة أشهر أو أكثر من وقت الدخول لأن الزواج الباطل فى حكم الزنا فلا يثبت النسب به كما لا يثبت بالزنا (٢)

ومما ينبغى التنبيه عليه أن أصحاب الكتب الفقهية فى المذهب الحنفى يصرحون

---

(١) وفى المغنى لابن قدامة « ح ٧ ص ١٢٩ » أن هذا الحكم على رأى الجمهور وهو الصحيح للحديث المتقدم ، ويرى بعض العلماء أن الولد من الزنا يلحق الزانى إذا أقيم عليه الحد أو ملك المزنى بها ،

(٢) فى الدر المختار نقلا عن مجمع الفتاوى « تزوج كافر مسلمة فولدت منه لا يثبت نسبه منه ، ولا تجب العدة لأنه نكاح باطل » وفى المغنى لابن قدامة ح ٧ ص ٣٤٥ « أما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة أو شبهه فإذا علما التحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه) .

جميعاً بأن الدعوى شرط لثبوت النسب بالاتصال المبنى على الشبهة حتى فى صور الاتصال بالمرأة التى قيل الرجل أنها زوجته ولم تكن زوجته فى الواقع (١) إلا صاحب المبسوط فإنه لم يجعل الدعوى شرطاً لثبوت النسب فى هذه الصورة ، ونص عبارته فى باب ادعاء الولد كما يأتى « وكذلك النسب يثبت بشبهة النكاح إذا اتصل به الدخول ، وهذه الشبهة تثبت بالنكاح الفاسد تارة وبإخبار المخبر أنها امرأته تارة ، لأن الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبنى على الاحتياط ، وأمر النسب مبنى على الاحتياط ، ألا ترى أنه فى حق وجوب المهر والعدة جعلت الشبهة بمنزلة حقيقة النكاح فكذلك فى النسب » .

والذى يبدو من عبارات هؤلاء العلماء أن السبب فى اختلافهم فى هذه الصورة يرجع إلى اختلافهم فى أنها من قبيل شبهة الزواج أو ليست من قبيل شبهة الزواج ، فصاحب المبسوط جعلها من قبيل شبهة الزواج كالعقد الفاسد ومن ثم لم يجعل الدعوى شرطاً لثبوت النسب فيها كما أنها ليست بشرط لثبوت النسب فى العقد الفاسد ، وغيره من العلماء لا يجعلها من قبيل شبهة الزواج فلم يعطوها حكم الزواج الفاسد ومن ثم جعلوا الدعوى شرطاً لثبوت النسب .

والاتصال الجنسى المبنى على شبهة ليس من قبيل شبهة الزواج أصلا كما تقدم وعلى هذا تكون الدعوى شرطاً لثبوت النسب بالاتصال الجنسى المبنى على شبهة من غير خلاف بين علماء الحنفية ،

هذه هى الأسباب التى ينشأ النسب عنها ويثبت بها فى الواقع ، أما الأسباب التى يظهر النسب بها ، وهى التى تعرف بطرق الإثبات فنتكلم عنها فى الفصل الآتى :

---

(١) انظر تبيين الحقائق ج ٣ ص ١٧٨ ، ١٧٩ والبحر الرائق ج ٥ ص ٥١ ، والهداية وفتح القدير ج ٤ ص ١٤١ ، والدر وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٥٧ ، ج ٢ ص ٦٤١

الفصل الثانى

فى

طرق إثبات النسب

النسب له طرق يمكن إثباته بواحد منها ، وأهم هذه الطرق – كما هو مقرر فى المذهب الحنفى – ثلاثة :

١ – الزواج الصحيح وما يلحق به ، وهو الزواج الفاسد.

٢ – الإقرار أو الدعوة .   ٣ – البينة .

وسنتكلم عن كل واحد من هذه الطرق فيما يأتى :

١ – الزواج الصحيح وما يلحق به .

قدمنا أن الزواج الصحيح وكذلك الزواج الفاسد سبب لثبوت نسب الولد إذا توافرت الشروط المعتبرة فى ذلك ، ونذكر هنا أن كلا منهما يعتبر أيضاً سبباً لإثبات النسب وإظهاره كما هو سبب لثبوته فى الواقع ونفس الأمر ، فمتى ثبت ، الزواج سواء كان زواجا صحيحا أم فاسدا بأية وسيلة من وسائل الإثبات المقررة فى الفقه الإسلامى كالشهادة أو الإقرار أو النكول عن اليمين عند من يجيزه فى مثل هذه الحالة ثبت نسب كل ماتأتى به المرأة من أولاد إذا توافرت الشروط المعتبرة لثبوت النسب التى أسلفنا بيانها ، وهذا حكم واضح لا لبس ولاخفاء فيه ، فلا يحتاج إلى إطالة الكلام عنه ، غير أنه ينبغى التنبيه هنا على أمر قد يخفى على بعض الناس وهو الزواج الذى لايثبت فى وثيقة زواج رسمية وهو مايسمى بالزواج العرفى ، نظراً لأن القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ منع فى حالة الإنكار من سماع دعوى الزوجية أوالإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بورقة

رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، كما منع من سماع مثل هذه الدعوى إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة قمرية ، فهل مثل هذا الزواج لا تسمع فيه دعوى نسب الولد فى حالة الإنكار ؟

الذى يؤخذ من المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن الزواج إذا لم يكن مثبتاً فى وثيقة زواج رسمية أو كانت سن أحد الزوجين وقت رفع الدعوى تقل عن السن المحددة فى القانون وكان مستوفياً الأركان والشروط المعتبرة لصحته شرعا وأنكر الزوج نسب الولد كان للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء وتطلب الحكم بثبوت نسب الولد من زوجها ، وللمحكمة أن تقبل منها إثبات الزوجية بكافة وسائل الإثبات المقررة شرعا من غير احتياج إلى وثيقة زواج رسمية ، ومتى أثبتها قضت المحكمة بثبوت النسب ولكنها لا تحكم بثبوت الزوجية ولا بأى حق آخر غير النسب ،

وإليك ما جاء فى المذكرة خاصاً بهذا الموضوع « وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعا فى دعاوى النسب ، بل هذه باقية على حكمها المقرر ، كما كانت باقية عليه رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة (١٠١ من اللائحة التنفيذية »

وعلى هذا تجرى أحكام المحاكم فقد قضت محكمة المنيا الشرعية فى ١٩٢٦/٥/١٨ بثبوت النسب ولو لم توجد وثيقة زواج رسمية ، وقررت هذين المبدأين

١ — يثبت نسب الولد من زوجية مدعاة بعد أول أغسطس سنة ١٩٣١ ولو لم يوجد بها وثيقة زواج .

٢ — المنع من سماع دعوى الزوجية بعد أول أغسطس سنة ١٩٣١ إذا لم توجد وثيقة رسمية بها قاصر على دعوى الزوجية لا يتعداها إلى سماع دعوى

النسب للولد ولو كان من هذه الزوجية غير الثابته (١)

٢ — الإقرار أو الدعوة :

الإقرار من الطرق التى يثبت النسب بها ويسمى أيضاً بالدعوة ، والأصل العام فى الإقرار — كما هو مقرر فى الفقه — أنه حجة قاصرة على المقر لايتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة الإقرار .

والأصل فى ثبوت الصلاة النسبية المختلفة ثبوت الأبوة أو البنوة المباشرة ، فمتى ثبت أن شخصا أب لشخص آخر ثبت تبعاً لذلك جميع الصلاة النسبية الأخرى من أخوة وعمومة وغيرهما

والإقرار بالنسب قد يكون إقراراً بأصل النسب وهو الأبوة أو البنوة أو الأمومة المباشرة كما إذا أقر شخص بأن هذا الولد ابنه أو أن فلانا أبوه أو أن هذه المرأة أمه .

وقديكون إقرارابما يتفرع عن أصل النسب كالأخوة والعمومةوغيرهما ولكل واحد من هذين النوعين أحكام تخصه .

أما النوع الأول فإن النسب يثبت به من غير احتياج إلى بيان سبب النسب من زواج أواتصال بشبهة ، لأن الإنسان له ولاية على نفسه ، وليس فى هذا الإقرار تحميل النسب على غير المقر فيثبت بإقراره ، متى توافرت الشروط المعتبرة لصحته، وعلى هذا لو أقر شخص بأن هذا الولد ابنه ثبت نسبه منه ، وكان له جميع الحقوق التى تثبت للأبناء على آبائهم كالإرث والنفقة إذا توافرت الشروط الآتية .

١ — أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب ، وذلك بألا يكون له أب

(١) مجلة المحاماة الشرعية س: ١٠ ص : ١٣ - ١٧٣

معروف ، فإن كان له أب معروف .وأقر شخص آخر ببنوته لا يثبت نسبه منه لأن النسب متى تأكد ثبوته من شخص لا يقبل الانتقال منه إلى غيره.

ولكن متى يعتبر الشخص مجهول النسب ؟ اختلفت فى ذلك الأقوال فى مذهب الحنفية ، فقال بعضهم : إن مجهول النسب هو الذى لا يعلم له أب فى البلد الذى ولد فيه ، وقال بعضهم : إن مجهول النسب هو الذى لا يعلم له أب فى البلد الذى يوجد فيه ، واستظهر هذا القول بعض المشايخ ، مستندين فى ذلك إلى أنه يترتب على الأخذ بالقول الأول أن المغربى إذا انتقل إلى بلد فى المشرق ووقعت له حادثة يلزم البحث عن نسبه فى المغرب ، وفى هذا من الحرج مالايخفى ، والحرج مدفوع شرعا ، إلا أن الظاهر أنه لا يكتفى الآن فى الحكم بجهالة النسب بعدم معرفة الأب فى البلد الذى يوجد الشخص فيه بل لا بد أيضا ألا يكون له أب معروف فى البلد الذى ولد فيه ، فإن كان له أب معلوم فى أحدهما لا يصح الإقرار ببنوته ، لأن إثبات النسب يحتاج إلى الاحتياط ، والحرج الذى كان يترتب على الرجوع إلى البلد الذى ولد فيه الإنسان أصبح لا وجود له الآن بعد تيسر سبل الاتصال بين البلاد المختلفة وسهولة التعرف على أحوال الأشخاص فى البلاد التى ولدوا فيها مهما بعدت هذه البلاد[1] .

وقد استثنى العلماء من هذا الشرط الولد الذى نفاه أبوه وحكم القاضى بانتفاء نسبه منه بعد إجراء اللعان بينه وبين زوجته وقالوا : لو ادعى أحد بنوة هذا الولد لا يثبت نسبه منه ، مع أنه بعض القضاء بانتفاء نسبه أصبح مجهول النسب،وعللوا ذلك : بأن الرجل بعد اللعان والحكم بانتفاء نسب الولد يحتمل أن يرجع ويكذب

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٨٥ ، قرة عيون الاخيار لتكملة رد المحتار ج ٢ ص ١٢٧ .

نفسه فيما ادعاه من أن الولد ليس منه ، وفى هذه الحالة يحكم بثبوت نسب الولد منه ، فلأجل هـذا الاحتمال اعتبر الوالد كأن له أبا معلوما ، ومن كان له أب معلوم لا يصح الإقرار ببنوته(١) .

٢ — أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر بأن يكون فى سن تسمح بأن يكون ابناً للمقر ، فلو كان المقر له بالبنوة أكبر من المقر أو مساوياً له فى السن أو مقارباً(٢) بحيث لا يمكن أن يكون ابناً للمقر عادة لم يصح إقراره ، لأن الواقع يكذبه فى هذا الإقرار .

٣ — أن يصدقه المقر له فى إقراره إن كان مميزاً لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه إلى غيره إلا ببينة أو تصديق ، فإن كان المقر له بالبنوة غير مميز ثبت نسبه بالإقرار من غير حاجة إلى تصديق ، لأنه ليس أهلا للتصديق ، وفى ثبوت نسبه من المقر مصلحة له فلا يتوقف على التصديق(٣) .

هذا ، وفى الحالة التى يتوقف فيها الإقرار على تصديق المقر له لا يشترط فى هذا التصديق أن يكون فى المجلس الذى يحصل فيه الإقرار بل يصح أن يكون فيه وفى أى وقت كان حتى ولو بعد وفاة المقر ، لأن الإقرار بالنسب يتعلق به حق المقر له ولهذا لا يملك المقر الرجوع عنه فيبقى قائما ما دام المقر له حيا ، فإن مات قبل التصديق بطل الإقرار لانتفاء الفائدة من بقائه حينئذ .

ولو كذب المقر له المقر فى إقراره لم يبطل الإقرار بهذا التكذيب حتى لو

---

(١) راجع ما تقدم فى الكلام عن اللعان ص ٤٩٤ .

(٢) يقول فقهاء الحنفية : إن الغلام لا يولد له قبل بلوغ سن الثانية عشرة ، وعلى هذا لا بد أن يكون سن المقر أكثر من سن المقر له باثنتى عشرة سنة ونصف على الأقل لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر .

(٣) البدائع ج ٦ ص ٢٢٨ .

رجع المقر له وصدق المقر فى إقراره تم الإقرار، وثبت النسب به، لأن الإقرار بالنسب لايبطل بالرد، وهذا بخلاف الإقرار بالحقوق المالية فإنه يبطل بالرد من المقر له (١)

٤ — أن يكون المقر له بالنسب حيا وقت الإقرار، فلو أقر شخص بأن فلانا ابن له، وكان المقر له بالبنوة ميتا لم يصح هذا الإقرار ولا يثبت به النسب، لأن النسب يحتاج إليه فى حال الحياة لتكريم الشخص وتشريفه، وبعد الوفاة لايحتاج إلى ذلك فلا تكون هناك فائدة من إثباته، ولأن الإقرار بالنسب بعد موت المقر له إنما يكون المقصود منه إثبات الحق للمقر فى الميراث، فيكون فى الحقيقة دعوى لاستحقاق المال، والمال لايستحق بالدعوى المجردة عن الإثبات إلا أنه إذا كان للابن المتوفى أولاد صح الإقرار بنسبه بعد وفاته سواء كان الأولاد ذكورا أم إناثا، وذلك رعاية لمصلحة هؤلاء الأولاد، لأنهم يحتاجون إلى ثبوت نسب أبيهم، وفى ثبوت نسبه شرف لهم وتكريم،

أما لو كان المقر له بنتا وماتت قبل الإقرار ببنوتها وتركت أولادا ذكورا أو إناثا فهل يصح الإقرار ببنوتها بعد الوفاة؟ اختلفت فى ذلك أقوال أئمة الحنفية، فقال أبو حنيفة: لايصح الإقرار بالبنوة بعد وفاتها، لأن أولاد البنت لاينسبون إلى جدهم من جهة الأم وإنما ينسبون إلى أبيهم وجدهم من جهة أبيهم فلايحتاجون إلى ثبوت نسب الأم من جدهم من جهة الأم، فلايكون هناك مايدعو إلى تصحيح الإقرار بعد وفاة الأم.

وقال الصاحبان: يصح الإقرار ببنوتها بعد الوفاة، لأن أولاد البنت ينسبون

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٠، وتكملة حاشية ابن عابدين ج٢ ص١٤٠

إلى أمهم كما ينسبون إلى أبيهم ، وفى ثبوت نسبها تشريف لهم وتكريم ، كما فى ثبوت نسب أبيهم ، إذ الإنسان كما يتشرف بشرف الأب يتشرف أيضاً بشرف الأم ويصير كريم الطرفين (١) وقول أبى حنيفة هو الراجح فى المذهب

٥ — ألا يقول المقر إن الولد ابنه من الزنا ، فإن صرح فى إقراره بذلك لا يثبت النسب منه ، لأن الزنا — كما تقدم — لا يصلح سبباً للنسب ، إذ النسب نعمة فلا تنال بالمحظور ،

وإذا أقر شخص بأن فلانا أبوه ثبتت أبوته له إذا لم يكن له أب معروف فى البلد الذى ولد فيه أو الذى يكون فيه ، على حسب الخلاف الذى قدمنا بيانه وكان ممن يولد مثله لمثل ذلك الشخص ، وصدقه المقر له فى إقراره .

وإذا أقرت امرأة بأن هذا الولد ابنها فإن لم تكن متزوجة ولا معتدة من زواج صحيح أو فاسد ثبت نسب الولد منها إذا لم تكن له أم معروفة ، وكان ممن يولد مثله لمثلها (٢) وصدقها فى إقرارها إن كان مميزاً ، لأن المرأة تملك الإقرار بالنسب كالرجل ، وليس فى هذا الإقرار تحميل للنسب على شخص آخر فيثبت النسب بإقرارها كما يثبت بإقرار الرجل ، وإن كانت متزوجة أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد ثبت النسب بإقرارها أيضاً إذا ادعت أن الولد من غير زوجها لأن فى هذا الإقرار إلزاماً لنفسها دون غيرها ، وهى أهل للالتزام بالنسب كالرجل فينفذ عليها ، فإن لم تدع أنه من غير زوجها لا يثبت النسب بإقرارها إلا إذا صدقها الزوج فى ذلك ، لأن إقرارها بالولد فى هذه الحالة يقتضى تحميل نسبه على الزوج

---

(١) المبسوط ج ١٧ ص ١٥٩ ، البحر الرائق لابن نجيم ج ٤ ص ١٣٠

(٢) يقول فقهاء الحنفية : إن أقل سن يمكن للأنثى أن تحمل فيه تسع سنين وعلى هذا لابد أن يكون بين سن المرأة وسن من تقر له بالبنوة تسع سنين وستة أشهر على الأقل .

فلا يلزم بقولها إلا إذا صدقها ، فإن صدقها فقدأقر به فيثبت نسب الولد منهما[1]

هذا ،وقد قصرت لجنة الأحوال الشخصية ثبوت النسب بهذا النوع من الإقرار على إقرار الرجل بالولد ، وإقرار الولد بالأب ، أما إقرار الولد بالأم ، وإقرار المرأة بالولد فلا يثبت النسب به ، نصت على ذلك فى المادة (١٨٩) وعبارتها « لايثبت النسب بالإقرار بالأم ، ولا بإقرار الأم بالولد »

أما النوع الثانى ، وهو الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب كأن يقر شخص بأخوة فلان أو عمومته أو أنه جده او ابن ابنه فلا يثبت النسب به إلا إذا تحقق أحد أمرين: البينة أو تصديق المقر عليه إن كان حياً أو تصديق اثنين من الورثة إن كان ميتا ، فإن لم يتحقق واحد منهما لايثبت النسب بهذا الإقرار لأن هذا الإقرار يقتضى تحميل النسب على غير المقر ، والإقرار حجة قاصرة على المقر لولايته على نفسه دون غيره فلا يثبت فى حق غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة الإقرار ، ومع هذا فإن المقر يعامل بإقراره فى حق نفسه بحيث لايكون لهذه المعاملة أثر فى حق غيره . فإذا أقر بأن فلانا أخوه وكان المقر موسراً والمقر له فقيراً عاجزاً عن الكسب فرضت عليه نفقة الأخ على أخيه ، وإذا مات أبو المقر بالأخوة وترك أولاداً منهم هذا المقر ولم يصدقه واحد منهم فى إقراره فإن المقر له لايرثه ، ولكنه يشارك المقر فيما يرثه من تركة أبيه معاملة له بمقتضى إقراره . وإذا مات المقر بالأخوة ولم يترك أحداً من الورثة ورثه المقر له . وإذا كان له أحد من الورثة ولو من ذوى الأرحام فلايستحق المقر له شيئا فى التركة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لاتتعداه لغيره .

---

(١) البدائع جـ٦ صـ٢٥٣ ، تبيين الحقائق جـ٥صـ٢٧ ، الدر وحاشية ابن عابدين جـ٤صـ٤٨٦

الفرق بين الإقرار بالنسب والتبنى

هذا وثبوت النسب بالإقرار أو الدعوة إذا توافرت شروطه ليس هو التبنى المعروف فى البلاد الغربية لأن الإقرار كما تقدم ليس سبباً منشئاً للنسب وإنما هو طريق لإثباته وظهوره ، والسبب الحقيقى هو الولادة بالنسبة للمرأة والاتصال الجنسى بناء على عقد صحيح أو فاسد أو شبهة بالنسبة للرجل وإذا توافرت شروط صحته ترتب عليه ثبوت النسب من المقر وكان للمقر له جميع الحقوق التى تترتب على ثبوت النسب من نفقة وإرث .

أما التبنى فهو تصرف قانونى منشىء لنسب يختلف فى أحكامه عن النسب الحقيقى، فإذا تبنى أحد ولداً فإن البنوة التى تثبت بهذا التبنى لا تـكون بنوة حقيقية كالبنوة التى تترتب على الإقرار بالنسب بل هى بنوة ثابتة بحكم القانون تترتب عليها أحكام تختلف عن أحكام البنوة الحقيقية ، كما أن البنوة التى تثبت بالتبنى تتحقق ولو كان للمتبنى أب معروف ، أما البنوة التى تثبت بالإقرار فلا تتحقق إلا إذا لم يكن للولد أب معروف .

وقد كان التبنى معروفاً عند العرب فى الجاهلية وبعد الإسلام فـكان الرجل فى الجاهلية إذا أعجبه من الرجل جلده وظرفه ضمه إلى نفسه وجعل له نصيب ابن من أولاده فى الميراث وكان ينسب إليه فيقـال : فلان ابن فلان . وقد تبنى الرسول صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة قبل أن يشرفه الله بالبنوة والرسالة وكان يدعى زيد بن محمد واستمر الأمر على ذلك إلى أن نزل قول الله تعـالى «وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلـكم قولـكم بأفواهـكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانـكم فى الدين ومواليـكم وليس عليـكم جناح فيما أخطأتم به ولـكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله

غفوراً رحيما »(١) وبذلك أبطل الإسلام نظام التبنى وأمر من تبنى أحداً ألا ينسبه إلى نفسه وإنما ينسبه إلى أبيه إن كان له أب معروف فإن جهل أبوه دعى مولا وأخا فى الدين وبذلك منع الناس من تغيير الحقائق وصينت حقوق الأولاد والأقارب من الضياع أو الانتقاص.

وفى الوقت الذى حرم الإسلام فيه التبنى فتح للناس فيه باب الإحسان والمعروف على مصراعيه فللإنسان مطلق الحرية فى أن يربى وأن يعلم من يشاء من أولاد غيره متى كان فى استطاعته ذلك ولم يترتب عليه ضياع حق من الحقوق الواجبة عليه نحو أولاده وأقاربه، وفى هذا التشريع المحكم ما يكفل للضعيف الحماية ويحفظ لكل ذى حق حقه.

٣ — البينة:

البينة هى أحد الطرق التى يثبت بها النسب، وتمتاز البينة عن الإقرار بأنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه بل يثبت فى حقه وحق غيره، أما الإقرار فهو حجة قاصرة على المقر لاتتعداه إلى غيره، فإذا حكم بشىء بناء على الإقرار فالحكم لا يتجاوز المدعى عليه فلا يثبت فى حق غيره إلا بإثبات جديد، ولهذا لو ادعى أحد على بعض الورثة أن له على الميت ديناً، وأقام البينة على ذلك وحكم له فإن هذا الحكم يتعدى إلى سائر الورثة فليس لهم أن يكلفوا المدعى إقامة البينة فى حضورهم، أما إذا حكم له بناء على إقرار المدعى عليه فإن هذا الحكم يقتصر على المدعى عليه، ولا يثبت فى حق سائر الورثة(٢).

والبينة التى يثبت بها النسب هى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، فإذا ادعى

---

(١) آيتا: ٤، ٥ من سورة الأحزاب.

(٢) شرح المجلة للأتاسى ج ١ ص ٢٢٥

شخص أن فلانا ابنه أو أبوه أو أخوه أو عمه ، وأنكر المدعى عليه فأقام المدعى البينة على دعواه قبلت هذه الدعوى وثبت النسب إذا توافرت الشروط المعتبرة لصحة هذه الدعوى ، وقد سبق بيانها فى الكلام على الإقرار بالنسب . غير أنه إذا كانت الدعوى بأصل النسب وهو الأبوة أو البنوة فى حالة حياة الأب أو الابن سمعت الدعوى سواء كانت دعوى مجردة من أى حق آخر أم كانت فى ضمن دعوى حق آخر كالنفقة والإرث ، وإذا كانت بعد الوفاة فإن الدعوى لا تسمع إلا إذا كانت فى ضمن حق آخر ، لأن المدعى عليه إذا كان ميتا كان فى حكم الغائب ، والغائب لا يصح القضاء عليه قصداً ويصح تبعاً.

وإذا كانت الدعوى بما يتفرع على أصل النسب كالأخوة والعمومة فلا تسمع إلا إذا كانت فى ضمن دعوى حق آخر سواء كانت الدعوى فى حالة حياة من يدعى ثبوت النسب منه أم كانت بعد وفاته ، لأن النسب فى هذه الحالة لا يثبت من المدعى إلا إذا ثبت أولا من غيره وهو الأب إن كانت الدعوى بالأخوة ، والجد إن كانت الدعوى بالعمومة ، ومن ثم لا يكون النسب هو المقصود أولا وبالذات للمدعى بل المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والإرث فإذا ادعى النسب دعوى مجردة من حق آخر كانت دعوى بحق غير مقصود للمدعى فلا تقبل ، وإن ادعى النسب فى ضمن دعوى حق آخر لا يثبت إلا إذا ثبت النسب كانت دعوى حق مقصود للمدعى فتقبل فإذا أقام البينة قضى له بالحق الذى يدعيه وثبت النسب ضمناً وتبعاً(١) .

والأصل فى الشهادة أن تكون عن معاينة المشهود به أو سماعه فإذا رأى

(١) حاشية ابن عابدين ح ٤ ص ٣٥١ ، شرح المجلة للأتاسى ح ١ ص ١٢٧

الشاهد ما يشهد به أو سمعه بنفسه جاز له أن يشهد ، وإذا لم يره أو يسمعه بنفسه لا يحل له أن يشهد ، لما روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع »(١) أى اترك الشهادة ،

وقد استثنى الحنفية من هذا الأصل أموراً على سبيل الاستحسان ، فأجازوا الشهادة بها وإن لم ير الشاهد ما يشهد به أو لم يسمعه بنفسه إذا أخبره من يثق به، ومن هذه الأمور النسب والزواج والدخول بالزوجة .

ووجهتهم فى ذلك : أن هـذه الأمور لا يطلع على أسبابها إلا الخواص من الناس ، وقد يتعلق بها أحكام تبقى على مدى الزمان كالإرث والنسب ، فإذا لم تجز فيها الشهادة بالتسامع أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام(٢) .

واختلفوا فى تفسير التسامع الذى تجوز الشهادة بالنسب بناء عليه ، فقال أبو حنيفة هو أن يشتهر ذلك النسب ويستفيض وتتابع الأخبار به حتى يقع فى قلبه تصديق ذلك ، لأن الثابت بالتواتر والثابت بالبصر أو السمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معاينة ، فعلى هذا لو أخبره رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ، وقال الصاحبان : هو أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان أن فلانا ابن فلان مثلا ، واختار قولهما بعض الفقهاء استدلالا بحكم القاضى وشهادته ، فإنه يحكم بشهادة شاهدين ولو لم ير المشهود به أو يسمعه بنفسه، وإذا عزل كان له أن يشهد بذلك بعد العزل فكذلك هذا(٣) .

وقد اشترط الحنفية لقبول الشهادة بالتسامع أن يشهد بالنسب ولا يذكر

---

(١) الهداية شرح البداية ﺟ ٣ ص ٩٦

(٢) المصدر المتقدم

(٣) البدائع ﺟ ٦ ص ١٦٦ ، ٢٦٧ ، وفتح القدير ﺟ ٦ ص ٢٠ ، ٢١

أمام القاضى أنه يشهد بناء على التسامع بين الناس ، فإذا صرح أمامه بذلك لا تقبل شهادته على الصحيح فى المذهب[١] لأن القاضى لا يجوز له أن يحكم بالسماع ولو تواتر عنده فلا يجوز له أن يقضى بسماع غيره بالطريق الأولى[٢] وفى بعض كتب الحنفية أن التسامع الذى ترد به الشهادة أن يقول الشاهدان إنهما لم يعاينا ولكنهما سمعا من الناس ، أما إذا قالا : إنهما لم يعاينا ولكن اشتهر عندنا أو أخبرنا من نثق به قبلت شهادتهما ، واختار هذا بعض الفقهاء[٣] .

هذا .وثبوت النسب بالبينة أقوى من ثبوته بالإقرار أو الدعوة ، لأن البينة أقوى الأدلة ، وعلى هذا لو كان هناك ولد نبذه أهله ولم يعرف له أب فأخذه رجل وأقر بنسبه وثبت النسب منه بناء على إقراره ، ثم جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام البينة على ما يدعيه كان أحق بنسبه من الأول ، لأن النسب وإن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة ، لأنها أقوى منه[٤] .

تتمة فى اللقيط وأحكامه :

اللقيط هو المولود الذى يطرحه أهله بعد ولادته خوفاً من الفقر أو فراراً من تهمة الزنا أو لغير ذلك من الأسباب ، فإن وجد فى مكان يغلب على الظن هلاكه لو ترك فيه كان التقاطه فرض عين على من يجده ، لأنه نفس بشرية ضعيفة لم يرتكب جناية ولا إثما يستحق من أجلهما الإهمال والضياع ، وفى أخذه حفظ

---

(١) فتح القدير جـ ٦ ص ٢١ ، ٢٢
(٢) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢٢٧
(٣) فتح القدير جـ ٦ ص ٢٢
(٤) البدائع جـ ٦ ص ٢٥٤

له من الضياع والهلاك ، وإن وجد فى مكان لا يغلب على الظن هلاكه لو ترك فيه كان التقاطه مندوباً إليه فقط ، لأن فى التقاطه وإيوائه إحياء له ومن أحيا نفسا فكأنما أحيا الناس جميعاً(١) وروى أن على بن أبى طالب أتى إليه رجل بلقيط فقال :هو حر ، ولأن أكون قد وليت من أمره مثل الذى وليت أنت كان أحب إلى من كذا وكذا ، وعد جملة من أعمال الخير، فقد رغب على فى الالتقاط وبالغ فى الترغيب فيه حيث فضله على كثير من أعمال الخير(٢) .

وإذا التقطه شخص كان أحق بحفظه وإيوائه من غيره ، لأنه هو الذى أحياه فلا يؤخذ منه إلا إذا تبين أنه غير صالح لحفظه كأن يكون سيء السلوك أو مجنونا أو معتوها .فإن التقطه اثنان أو أكثر كان الرأى للقاضى يضعه حيث يرى المصلحة فى وضعه عند أى واحد منهما .

والذى يجرى عليه العمل الآن فى الجمهورية العربية المتحدة أن من يجد لقيطا ولم يرغب فى تربيته يلزمه أن يسلمه إلى رجال الشرطة ، وهم يبعثون به إلى دار اللقطاء وهناك يعنى به ويربى تربية حسنة ، ومن أراد أن يأخذ لقيطاً من هؤلاء يتولى تربيته لوجه الله أو ليشبع رغبة من رغباته الإنسانية التى تدعوه إلى حب الأولاد فإنه يجاب إلى طلبه إذا كان ممن يقدر على ذلك وتعهد بالقيام بما تفرضه عليه قوانين اللقطاء التى وضعت لمصلحتهم والمحافظة عليهم ، ولا شك أن إقامة المؤسسات والدور لهؤلاء الضعفاء الوافدين على الحياة أمر جليل تدعو إليه الديانات على اختلافها .

---

(١) الدر وحاشية ابن عابدين جـ ٣ صـ ٣٢٣

(٢) البدائع جـ ٦ صـ ١٩٨

ومن المقرر فى الفقه أن الولاية على اللقيط تكون للقاضى ، وليس للملتقط إلا القيام بحفظه وتربيته بقبض ما يدفع إليه من هبة أو صدقة وشراء مالا بد له منه من طعام وكسوة وتسليمه إلى من يعلمه علماً أو حرفة ، ولو وجد مع اللقيط مالا حين التقاطه لا ينفق عليه منه إلا بإذن القاضى ، فإن أنفق بغير إذنه كان متبرعا ، وإذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من يتبرع بالإنفاق عليه كانت نفقته واجبة فى بيت المال يفرض له منه مقدار حاجته من طعام وكسوة . لما روى أن رجلا وجد ولدا منبوذاً فى زمن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فذهب به إلى عمر فقال له : ما حملك على أخذ هذه النسمة ، فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فاتهمه عمر ، فقال له عريفه[1] يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ، قال كذلك ؟ قال : نعم ، فقال عمر : اذهب به فهو حر ، وعلينا نفقته من بيت المال ، وعن سعيد بن المسيب قال : كان عمر إذا أتى بلقيط فرض له ما يصلح رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصى به خيراً ، ويجعل رضاعه فى بيت المال ونفقته[2] .

ومن أحكامه أيضاً أن نسبه يثبت ممن ادعاه بمجرد ادعائه من غير توقف على بينة استحسانا ، لأنه غير معروف النسب فمن الخير أن يثبت نسبه ممن يدعيه فإذا ادعى أحد بنوته ثبت نسبه منه متى توافرت الشروط المعتبرة لصحة هذه الدعوى شرعا سواء كان المدعى هو الملتقط أم غيره ، ولو تنازع فى نسبه اثنان كل يدعى أنه ابنه فإن أتى أحدهما بالبينة على دعواه ثبت نسب اللقيط منه ورفضت دعوى الآخر ، وإن لم يأت واحد منهما بالبينة قدم الملتقط إذا كان الذى ينازعه لم يقم بالتقاطه معه ، فإذا كان كل منهما قد قام بالتقاطه أو لم يلتقطه

---

(١) العريف هو النقيب وهو دون الرئيس .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٤١٧ ، ٤١٨

واحد منهما قدم من ذكر فيه علامة مميزة فإن استويا من جميع الوجوه لم تسقط دعوى النسب ، وإنما يثبت نسبه من كل منهما خوفاً على الولد من الضياع وحرصاً على صيانته وحفظه ، والنسب وإن كان لا يمكن الاشتراك فيه إذ لا يتصور أن يكون الولد من رجلين كما لا يتصور أن يولد من امرأتين ، إلا أنه يمكن الاشتراك فيما يترتب عليه من الأحكام كالإرث والنفقة ، ولهذا كان المقرر فى الفقه الحنفى أن اللقيط إذا ادعاه رجلان ولم تترجح دعوى أحدهما على دعوى الآخر بمرجح من المرجحات حكم بثبوت نسبه من كل منهما ، فلو مات أحدهما ورث منه ميراث ابن كامل ولو مات الولد ورثا منه ميراث أب واحد ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه فى مثل هذا أنه قال : إنه ابنهما يرثهما ويرثانه(١) وقال الشافعى وأحمد : لا يثبت نسبه من كل منهما وإنما يرجع فى ذلك إلى القائف وهو الذى يعرف الشبه فيقول وجه هذا الولد أو أصابعه يشبه وجه فلان أو أصابعه أو نحو ذلك ، وما يحكم به القائف يعمل به وهو رأى وجيه وسديد .

---

(١) البدائع حـ ٦ صـ ٢٠٠ ، الدر وحاشية ابن عابدين حـ ٣ صـ ٤٣

البَابُ الثانى

فى

الرضاع

الكلام فى الرضاع من ناحية أنه حق الولد يتناول الموضوعات الآتية :
وجوب الرضاع على الأم . استحقاق الأم الأجرة على الرضاع إذا قامت به .
المدة التى تستحق الأم فيها الأجرة . متى تستحق المرضع الأجرة . تقديم الأم على غيرها فى الرضاع . مقدار أجرة الرضاع . من تجب عليه أجرة الرضاع .

الفصل الأول

وجوب الرضاع على الأم

الأم أقرب الناس إلى ولدها وأكثرهم شفقة وحنانا عليه، ولبنها أفضل للطفل مما عداه باتفاق الأطباء لأنه يلائم حال الطفل بحسب درجات سنه لهذا جاءت النصوص الشرعية بأمر الوالدات بإرضاع أولادهن ، يقول المولى سبحانه «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وهذا النص وإن كان فى صورة الخبر إلا أنه خبر فى معنى الأمر وهو يدل على الوجوب دلالة مؤكدة ، ومن ثم اتفق فقهاء المسلمين على أن الرضاع واجب على الأم ديانة سواء أكانت متزوجة بأبى الرضيع أم كانت مطلقة منه وانتهت عدتها ، فإن امتنعت عنه مع القدرة عليه كانت مسئولة عن ذلك أمام الله ولكنهم اختلفوا فى وجوب الإرضاع عليها قضاء فالمشهور عن مالك أن الأم يجب عليها إرضاع ولدها قضاء كما يجب عليها ديانة إلا إذا كانت من قوم ليس من عادة نسائهم

القيام بإرضاع أولادهن (١) وقال ابن أبى ليلى ومالك فى رواية عنه يجب الإرضاع على الأم قضاء حتى لو امتنعت عن إرضاع ولدها بدون مبرر أجبرها القاضى على إرضاعه (٢) لأن النص يدل على وجوب الإرضاع على الأم والوجوب متى ثبت كان وجوبا فى الديانة والقضاء ، وقال الحنفية : لايجب الإرضاع على الأم قضاء وإن كان يجب عليها ديانة فإذا امتنعت عن إرضاع ولدها مع القدرة عليه لايجبرها القاضى على إرضاعه إلا إذا تعينت للإرضاع ،وتتعين الأم للإرضاع إذا وجدت حالة من الحالات الثلاث الآتية :

الحالة الأولى : أن يكون الأب فقيراً لايجد مالا يستأجر به من ترضع ولده ، ولم يكن للصغير مال كذلك ولم يوجد من يقوم بإرضاعه بدون أجر .

الحالة الثانية : ألا يوجد من يرضع الولد أصلا لابأجر ولا بدون أجر .

الحالة الثالثة : أن يمتنع الولد عن الرضاع من غير الأم .

فإن وجدت حالة من هذه الحالات الثلاث أجبرت الأم على إرضاع ولدها

---

(١) يقول القرطبى فى كتابه « الجامع لأحكام القرآن » ج ٣ ص ١٧٢ : «والأصل أن كل أم يلزمها إرضاع ولدها كما أخبر الله عز وجل فإنه أمر الزوجات بإرضاع أولادهن وأوجب لهن على الأزواج النفقة والكسوة ، والزوجية قائمة فلوكان الرضاع على الأب لذكره مع ماذكره من رزقهن وكسوتهن إلا أن مالكا رحمه الله دون فقهاء الأمصار استثنى الحسيبة فقال : لايلزمها إرضاعه ، فأخرجها من الآية وخصصها بأصل من أصول الفقه وهو العمل بالعادة ، وهذا أصل لم يتفطن له إلا مالك ، والأصل البديع فيه أن هذا أمر كان فى الجاهلية فى ذوى الحسب وجاء الإسلام فلم يغيره ، وتمادى ذوو الثروة والأحساب على تفريغ الأمهات للمتعة بدفع الرضعاء للمراضع إلى زمانه فقال به .

(٢) المغنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٣١٢

صيانة له من الهلاك . ووجهة الحنفية فى ذلك : أن الرضاع حق للأم كما هو حق للولد ولا يجبر أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد مايستدعى هذا الإجبار ، ولأن الأم أكثر الناس حناناً وشفقة على ولدها فإذا امتنعت عن إرضاعه كان امتناعها دليلا على عدم قدرتها على الإرضاع فلو ألزمناها به عند الامتناع لأدى ذلك إلى الإضرار بها ، وإضرار الأم بسبب ولدها لايجوز لقول الله تعالى « لاتضار والدة بولدها » .

وبرأى الحنفية أخذت لجنة الأحوال الشخصية ، فنصت فى الفقرة الأولى من المادة (٢٠٠) على أنه « لايجب على الأم إرضاع ولدها إلا إذا تعذرت تغذيته من غير لبنها لأى سبب كان »

وإذا امتنعت الأم عن إرضاع ولدها ولم يكن الإرضاع واجباً عليها فعلى الأب أن يستأجر امرأة لإرضاعه إحياء للولد وحرصا على حياته وتسمى المرأة «ظئرا» وعلى من تستأجر للإرضاع أن ترضعه عند أمه لأن الحضانة حق لها ، وامتناعها عن الإرضاع لايسقط حقها فى الحضانة ، لأن كلا منهما حق مستقل عن الآخر فلا يترتب على سقوط أحدهما سقوط الآخر .

فإن لم يقم الأب باستئجار من ترضعه كان للأم أن تطالبه بدفع أجرة الرضاع إليها لتقوم هى باستئجار من ترضعه عندها ، فإن امتنع عن ذلك ورفعت المرأة دعوى تطلب فيها الحكم عليه بدفع أجرة الرضاع إليها أجيبت إلى طلبها (١)

(١) حكم محكمة الزقازيق فى ١٩٤٦/٩/٩ المنشور بمجلة المحاماة الشرعية س : ١٩ ص ١٩٥

الفصل الثانى

استحقاق الأم الأجرة على الرضاع

والمدة التى تستحق فيها الأجرة

ا — استحقاق الأم الأجرة على الرضاع .

إذا قامت الأم بإرضاع ولدها من تلقاء نفسها أو لإجبارها على إرضاعه بواسطة القضاء فهل تستحق أجرة على الرضاع ؟ فى ذلك تفصيل نذكره فيما يلى:

١ — إن قامت الأم بالرضاع حال قيام الزوجية أوفى عدة الطلاق الرجعى فلا تستحق أجرة على الرضاع ، لأن الزوج مكلف بالإنفاق عليها فى حال الزوجية وفى حال العدة من الطلاق الرجعى فلا تستحق عليه نفقة ثانية لئلا يؤدى ذلك إلى اجتماع الأجرة والنفقة فى مال واحد ، وهو لايجوز لكفاية النفقة الواجبة لها على الزوج للقيام بهذا الحق .

٢ — وإن قامت الأم بالرضاع بعد انتهاء الزوجية وانقضاء العدة أو فى عدة الوفاة فإنها تستحق الأجرة على الرضاع من غير خلاف بين العلماء ، لقول الله تعالى « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فإنه تعالى أوجب على الأزواج أن يعطوا مطلقاتهم أجرة الإرضاع إذا قمن به ، غيرأنه إذا أرضعت الأم الولد وكان الزوج مكلفا بالإنفاق عليها لم تجب لها أجرة الرضاع لئلا تجتمع الأجرة والنفقة فى مال واحد ، وهو لايجوز ولأن الأم فى هذه الحالة لاتجب لها النفقة على الأب لانفصام عرى الزوجية وانقطاع آثارها بانقضاء العدة أو الوفاة وفى إلزامها بالرضاع بدون أجر مع ضعفها وانقطاع نفقتها إضرار بها وهو لايجوز .

٣ — وإن قامت الأم بالرضاع فى عدة الطلاق البائن فلا تستحق أجرة على الرضاع فى رواية وتستحقها فى رواية أخرى فى مذهب الحنفية ، ووجه الرواية الأولى : أن الأم تجب لها النفقة على الزوج ما دامت فى عدة الطلاق البائن فلا تستحق عليه نفقة ثانية كما فى حال قيام الزوجية أو العدة من الطلاق الرجعى .

ووجه الرواية الثانية : أن الطلاق البائن تنفصم به عرى الزوجية وتصير المرأة به كالأجنبية فتجب لها الأجرة إذا أرضعت ولدها كما لو أرضعته امرأة أجنبية .

وقد صحح علماء الحنفية كلا من الروايتين[١] ولكن أحكام المحاكم تجرى على وفق الروايه الأولى التى لا توجب الأجرة للأم إذا أرضعت ولدها فى عدة الطلاق البائن[٢] .

ومما يتقدم يتبين أن المدار فى استحقاق الأم أجرة الرضاع وعدم استحقاقها على وجوب النفقة لها وعدم وجوبها ، فإن وجبت لها النفقة على الأب لقيام الزوجية أو العدة فلا تستحق الأجرة على الرضاع وإن لم تجب لها النفقة استحقت الأجرة على الرضاع ، وعلى هذا لو أبرأت الزوجة زوجها من نفقة العدة فى مقابل طلاقها فإنها تستحق الأجرة على الرضاع لأنها لاتجب لها نفقة على الزوج فى هذه العدة لإسقاطها فى مقابل طلاقها منه فيكون حكمها كحكم من انقضت عدتها فى استحقاق الأجرة ،لانقطاع نفقتها من الأب وحبسها نفسها على ولده فيجب عليه

---

(١) البحر الرائق ج ٣ ص ٢٢٠ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٩٤ .

(٢) انظر حكم محكمة فاقوس الشرعية الصادر فى ١٩٣٨/١١/٢٦ . المنشور فى مجلة المحاماة الشرعية س : ١٠ ص ٧٥٦ والذى جاء فيه « معتدة الطلاق رجعياً أو بائناً المفروض لها نفقة عدة لا تستحق أجر الحضانة ولا الرضاع » .

أن يؤدى أجر هذا العمل[١] .

وكذلك لو تزوج الرجل امرأة زواجاً عرفياً مستوفياً لأركانه وشروطه الشرعية وأتت بولد من هذا الزواج فإنها تستحق الأجرة على إرضاعه لأن هذه المرأة لا تسمع دعواها بالنفقة على زوجها إذا لم يعترف بالزوجية كما تقضى بذلك المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وعلى هذا يجرى العمل فى المحاكم[٢] .

ب — المدة التى تستحق الأم فيها أجرة على الرضاع .

بينا فى الكلام على الرضاع الموجب للتحريم أن أئمة الحنفية اختلفوا فى تقدير المدة التى يكون الرضاع موجباً للتحريم فقدرها أبو حنيفة بسنتين ونصف وقدرها أبو يوسف ومحمد بسنتين فقط .

أما بالنسبة لاستحقاق الأجرة على الرضاع فإنهم يتفقون على تقدير المدة التى تجب فيها الأجرة بسنتين فقط ، فمتى بلغ الصغير حولين كاملين لم يكن للمرضع إذا كانت أماً الحق فى المطالبة بأجرة الرضاع ، ولا يتوقف سقوط حقها فى الأجرة على التراضى أو القضاء وهو ما يسير عليه قضاة محاكم الأحوال الشخصية[٣]

---

(١) حكم محكمة الأزبكية الشرعية فى ١٩٢٨/١١/١٧ « مجلة المحاماة الشرعية السنة الثانية ص ٢٦٩ » ، ولكن لجنة الأحوال الشخصية اختارت أنها لا تستحق أجرة فى هذه الحالة ، فنصت فى المادة «٢٠٣» على أن «الأم لا تستحق أجرة إرضاع إذا كانت معتدة لها نفقة على الأب ، ولو أبرأت منها نظير الطلاق » .

(٢) انظر حكم محكمة السنطة الشرعية فى ١٩٤٤/٤/٢٧ مجلة المحاماة س ١٦ ص ٦٤ .

(٣) حكم محكمة سنورس الشرعية فى ١٩٣١/١٢/٢٣ « مجلة المحاماة الشرعية س : ٥ ص ١٥٣ » .

الفصل الثالث

متى تستحق المرضع الأجرة؟

يختلف الوقت الذى تجب فيه الأجرة للمرضع تبعاً لمن تقوم بالرضاع وتبعاً للاتفاق أو التعاقد على الرضاع بأجر وعدمه ، فإن كانت المرضعة امرأة أخرى غير الأم واستأجرها الأب للرضاع وهى التى تسمى ظئراً استحقت الأجرة من تاريخ العقد لأنها مستأجرة للرضاع فلا تستحق الأجرة إلا من يوم العقد ، وإن كانت المرضعة هى الأم ولم تكن زوجة ولا معتدة من طلاق رجعى أو بائن وقامت بالرضاع بناء على عقداً أو اتفاق بينها وبين الأب استحقت الأجرة من وقت العقد أو الاتفاق ، وإن لم يكن هناك عقد أو اتفاق على الرضاع بأجر استحقت الأجرة من يوم قيامها بالإرضاع على ما استظهره صاحب البحر ولا تستحق الأجرة على الرضاع على ما استظهره صاحب الرمز[1] .

وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا أرضعت الأم ولدها مدة ولم يكن هناك عقد أو اتفاق بينها وبين الأب على الأجر ثم طالبت بأجرة الرضاع عن هذه المدة فإنها تجاب إلى طلبها و يقضى لها بالأجر على الرأى الأول ولا تجاب ولا يقضى لها على الرأى الثانى .ووجه الرأى الأول أن الله تعالى علق استحقاق الأجرة على القيام بالرضاع فى قوله جل شأنه « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فإذا وجد الرضاع وجبت لها الأجرة من غير توقف على عقد أو اتفاق بينها وبين الأب ، ولأن إرضاع الأم للصغير أمر معروف ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وأيضاً فإن الأب قد لا يتفق مع الأم على القيام بإرضاع ولدها بأجر

«١» البحر الرائق لابن نجيم ج ٣ ص ٢٢٣ ، الدر وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٩٥

وتكون الأم مضطرة إلى إرضاع الولد لحفظه من الضياع فإذا لم نوجب لها الأجر إلا إذا كان هناك عقد أو اتفاق بينها وبين الأب ترتب على ذلك تعريض الولد للضياع .

ووجه الرأى الثانى أن ما تأخذه الأم فى مقابل الرضاع أجرة فيكون حكمه كسائر الأجور فلا تستحق إلا بالعقد أو ما يدل عليه وهو طلب الأجر قبل القيام بالرضاع ، فإذا لم يوجد عقد ولا طلب للأجر قبل القيام بالرضاع فلا تستحق شيئاً على الرضاع .

ولا يخفى رجحان الرأى الأول لوجاهته وقوة حجته ، هذا مايتعلق بالموضوع من الناحية الفقهية أما من الناحية العملية فإن المحاكم مختلفة فى هذا الموضوع ، فبعضها لا يحكم بأجرة الرضاع عن مدة سابقة على رفع الدعوى إذا لم يكن هناك عقد أو اتفاق بين الأم والأب[١] .

وبعضها وهو الكثير يحكم بالأجرة من يوم قيام الأم بالرضاع حتى ولو لم يكن هناك عقد بينها وبين الأب[٢] وبه أخذت لجنة الأحوال الشخصية ، فنصت فى المادة (٣٠٢) على أن « أجرة الرضاع من النفقة الواجبة للصغير ، وتستحق من وقت الإرضاع ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء » .

---

(١) من ذلك ما قضت به محكمة مصر الشرعية فى ١٩٢٦/٤/٥ وهو « أن الأم لا تجب لها أجره على الرضاع عن المدة الماضية على رفع الدعوى إذا لم يكن هناك عقد بينها وبين الأب » مجلة المحاماة الشرعية س ٢ ص ٩٢٨ .

«٢» ومن هذا حكم محكمة طنطا الجزئية الشرعية فى ١٩٣٠/٣/١٨ « باستحقاق الأم أجرة الرضاع والحضانة من تاريخ قيامها بهذا العمل ولو لم يكن هناك عقد بينها وبين الأب » مجلة المحاماة الشرعية س ٢ ص ٩٣٩ .

الفصل الرابع

تقديم الأم على غيرها فى الرضاع

لما كانت الأم أقرب الناس إلى ولدها وأكثرهم حناناً وشفقة عليه كانت أحق بإرضاعه من غيرها فإذا رغبت فى إرضاع ولدها بدون أجر لم يكن للأب أن يمنعها منه لأن فى إرضاع الأم رعاية لمصلحة الصغير ولا يترتب عليه إضرار بالاب فلا يكون هناك مبرر لمنع الأم منه ، ولأن فى منع الأم من إرضاع ولدها إضراراً بها وهو لا يجوز لقول الله تعالى « لا تضار والدة بولدها » وإذا رغبت الأم فى إرضاع ولدها وطلبت أجراً على إرضاعه ولم تكن زوجة ولا معتدة من طلاق رجعى أو بائن كانت أحق بإرضاعه إلا إذا تبرعت امرأة أخرى بإرضاعه أو رضيت أن ترضعه بأجر أقل من الأجر الذى تطلبه الأم فإن الأم لا تكون أحق بإرضاعه حتى ولو كان الأجر الذى تطلبه هو أجر المثل ،وذلك لقول الله تعالى « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » فإنه سبحانه نهى عن إضرار الوالدة بسبب ولدها كما نهى عن إضرار الوالد بسبب ولده ، ومن الإضرار بالوالد أن نلزمه بالأجرة التى تطلبها مع وجود من يقوم بهذا العمل مجاناً أو بأجر أقل من الأجر الذى تطلبه الأم سواء كان الأب معسراً أو موسراً(١) وفى هذه الحالة يقال للأم : إما أن ترضعيه مجاناً أو بمثل الأجر الذى قبلته المرأة الأخرى ، وإما أن تسلميه لها ، فإن لم تقبل الأم أن ترضعه مجاناً أو بالأجر الذى قبلته المرأة الأخرى وسلمته إلى المرأة لزمها أن تقوم بإرضاع الطفل عند أمه أو ترضعه فى بيتها ثم ترده إلى أمه ، لأن الحضانة حق لها وامتناعها عن الرضاع لا يسقط حقها فى الحضانة .

---

(١) الهداية وفتح القدير ج٣ ص٣٤٥ ، ٣٤٦ ، وحاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٩٣ ، ٦٩٤

الفصل الخامس

مقدار أجرة الرضاع ومن تجب عليه

ا — مقدار أجرة الرضاع

والأجرة التى تستحقها الأم فى الحالات التى تجب فيها الأجرة مقدرة بأجرة المثل ، وهى الأجرة التى تقبل امرأة أخرى أن ترضع الولد فى مقابلها ،وتقدير ذلك موكول إلى القاضى الذى يعرض عليه النزاع فى ذلك ، وعلى هذا لو طلبت الأم أجراً على إرضاع ولدها أكثر من أجر المثل لا تجاب إلى طلبها.

ب — من تجب عليه أجرة الرضاع

الرضاع هو الغذاء الذى يحتاج إليه الطفل فى مبدأ حياته فهو بالنسبة للصغير كالطعام بالنسبة للكبير ، وعلى هذا تكون أجرة الرضاع على من تجب عليه النفقة ، والذى تجب عليه النفقة هو الأب لا يشاركه فيها أحد ، وفى هذا يقول المولى عز وجل « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ويقول سبحانه « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » وهو يدل على أن الأم يلزمها إرضاع ولدها ، وأن على الأب أن يقوم بالإنفاق عليها إن كانت زوجة أو فى حكم الزوجة وإعطائها أجرة إن لم تكن زوجة ولا فى حكم الزوجة ، وهذا إذا لم يكن للصغير مال فإن كان له مال وجبت الأجرة فى ماله ، لأنها قائمة مقام النفقة ، والنفقة لا تجب على الغير إلا عند الحاجة ، وإذا كان للصغير مال انتفت هذه الحاجة .

وإذا كان الأب فقيراً ولم يكن للصغير مال أجبرت الأم على إرضاعه ، وإذا وجبت لها الأجرة كانت ديناً على الأب يطالب بها عند يساره وهذه الأجرة لا تعد نفقة حتى تسقط بما تسقط به النفقات فى مذهب الحنفية بل تعتبر من الديون الصحيحة التى لا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء فلا تسقط بموت الرضيع، ولا بموت الأب بل تجب للأم فى تركته وتشارك غرماءه .

فإن لم يكن للرضيع أب وجبت الأجرة على من يلى الأب فى وجوب الإنفاق عليه ما يأتى بيانه فى نفقة الأولاد والاقارب.

الباب الثالث

الحضانة[1]

الفصل الأول

معنى الحضانة ومن له حق الحضانة

معنى الحضانة :

الحضانة فى اللغة معناها ضم الشىء إلى الحضن . وهو الجنب أو الصدر والعضدان وما بينهما . يقال : حضن الطائر أفراخه إذا ضمها إلى نفسه تحت جناحه وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها .

وفى اصطلاح الفقهاء القيام على تربية الطفل ورعاية شئونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ، ممن له حق تربيته شرعا .

من له حق الحضانة :

من يقرأ كتب الفقه فى المذهب الحنفى يجدها تذكر خلافا بين الفقهاء فى الحضانة هل هى حق للحاضنة أو حق للصغير على النحو الآتى :

قال بعض الفقهاء : إن حق الحضانة للحاضنة ، وعلى هذا لو امتنعت الأم عن الحضانة لا تجبر عليها لأنها حق لها ، وصاحب الحق لا يجبر على استيفاء حقه .

وقال بعضهم : إنها حق للصغير ، وعلى هذا لو امتنعت الأم عن الحضانة أجبرت عليها حقا للولد فلا تستطيع التخلى عنه .

(١) الحضانة بفتح الحاء وكسرها والفتح أشهر .

والصحيح الذى عليه المحققون أن هـذا الخلاف لفظى لا يترتب عليه أثر فى الأحكام الشرعية ، وأن الحضانة باتفاق الجميع ليست حقـا خالصـا للحاضنة ، كما أنها ليست حقاً خالصا للولد بل لـكل منهما حق فيها ، وإن كان حق الولد أقوى من حق الحاضنة ، وعلى ذلك تفرعت الأحكام الآتية :

١ — أن الحاضنة تجبر على الحضانة إذا تعينت عليها ، بأن لم يوجد غيرها أو وجد من يليها فى استحقاق الحضانة ولم يرض بحضانة الصغير ، وذلك مراعاة لحق الصغير وحفظا له من الضياع .

٢ — إذا لم تتعين الحضانة على الحاضنة لا تجبر عليها ، لأن الحضانة حقها ولا ضرر على الصغير فى امتناع الحاضنة عن القيـام بهـا لوجود من يحل محلهـا فيـكون لها الحق فى الامتناع عنها .

٣ — أن الأم لو اختلعت من زوجها على أن تترك ولدها المحتاج إلى الحضانة عنده كان الخلع صحيحا وبطل الشرط مراعاة لحق الولد ، لأن وجوده عند أمه أنفع له فلا تملك إبطاله بالشرط ، وأيضاً فإن هذا الشرط يترتب عليه إبطـال حق من يلى الأم فى الحضانة ، وهى لا تملك إبطاله .

٤ — لا يصح للأب أن يأخذ الطفل من صاحبة الحق فى الحضانة ويعطيه لغيرها إلا لمبرر شرعى .

٥ — أن المرضعة إذا كانت غير الحاضنة للولد فعليها أن تقوم بإرضـاعه عندها حتى لا يفوت حقها فى الحضانة(١) .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعى وحاشية الشلبى حـ ٣ صـ ٤٧ ، فتح القدير حـ ٣ ص ٣١٤ حاشية ابن عابدين حـ ٢ صـ ٦٥٣ ، الابانة عن أخذ الأجرة على الحضانة لابن حـ ١ صـ ٢٦٤ ، ٢٦٥ (رسائل ابن عابدين) .

وقد أيد القضاء فى أحكامه أن الحضانة حق لكل من الحاضنة والمحضون. من ذلك حكم محكمة جرجا الشرعية فى ٢٢ يوليه سنة ١٩٣٣ الذى قرر أن « لكل من الحاضنة والمحضون حقا فى الحضانة وأن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة وأن إسقاط الحاضنة حقها فى الحضانة لا يسقط حق الصغير »(١).

الفصل الثانى

من يثبت له حق الحضانة

الإنسان بعد ولادته يحتاج إلى من يقوم بحفظه وتدبير شئونه كلها لعجزه عن قضاء مصالحه وحاجاته بنفسه، ولما كان الوالدان هما أقرب الناس إليه وأكثرهم شفقة ورعاية لمصالحه جعل الشارع لهما الولاية عليه، وقد راعى فى ذلك ما هو الأصلح والأنفع للصغير، فجعل أمر تربيته وتدبير شئونه والعناية به فى المرحلة الأولى من حياته إلى الأمهات ومن يقوم مقامهن فى ذلك، لأنهن أرفق وأقدر على تربيته وحسن رعايته فى هذه المرحلة من الرجال، وجعل التصرف فى نفسه وماله إلى الآباء ومن يقوم مقامهم فى ذلك، لأنهم أقدر وأصلح لهذه الولاية من النساء حتى إذا بلغ سنا يستغنى فيها عن خدمة النساء جعل الإشراف التام عليه للرجال وحدهم، لأن الطفل بعد اجتيازه تلك المرحلة يكون فى حاجة إلى من يقوم بالإشراف على تعليمه وتهذيبه وصيانته عن عوامل الانحراف، والرجال أقدر على ذلك من النساء، ولهذا كانت النساء أولى بحضانة الصغار من الرجال فإذا وجد من قريبات الطفل من تصلح للقيام بهذا الحق ثبت لها هذا

---

(١) مجلة المحاماة الشرعية س ٥ ص ١٧١.

الحق دون أقاربه من الرجال ، فإن لم يوجد من النساء من تصلح للقيام به انتقل هـذا الحق إلى عصبته من الرجال ، ثم إلى سـائر أقاربه عند بعض الفقهـاء كما سيأتى بيانه .

ترتيب أصحاب الحق فى الحضانة :

حق الحضانة يثبت أولا للنساء ثم للرجال على الترتيب الآتى :

الأم ، فهى أحق الناس بالحضانة سواء كانت متزوجة بأبى الصغير أو مطلقة لأنهـا أشفق وأرفق بالصغير من غيرها ، ويشهد لهـذا ما روى أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثديى له سقـاء ، وإن أباه طلقنى ويريد أن ينزعه منى ، فقال رسول الله : أنت أحق به ما لم تتزوجى .

وروى أن عمر بن الخطـاب رضى الله تعـالى عنه طلق زوجته أم عاصم ، وأراد أن يأخذ ولده عاصما منها فأبت عليه ذلك وتخاصما إلى أبى بكر رضى الله تعـالى عنه وهو خليفة ، فقـال أبو بـكر لعمر : خل بينه وبينهـا ، ريحهـا ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك » وكان هـذا القضـاء بمحضر من الصحابة ولم ينـكر عليه أحد منهم فـكان إجماعا منهم على تقديم الأم على غيرها ولو كان أبا(١) .

فإن لم توجد الأم أو وجدت ولم تـكن أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى أمهـا ، فإن لم توجد انتقل إلى أم الأب ، وإنما قدمت أم الأم على أم الأب فى الحضانة مع تساويهمـا فى درجة القرابة ، لأن قرابة الأولى من جهة الأم ،

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعى وحاشية الشلبى جـ ٤ ص ٢٤٦ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٣١٤

وقرابة الثانية من جهة الأب ، وحق الحضانة يستفاد من قبل الأم فقرابتها تكون مقدمة على قرابة الأب(١) .

فإن لم توجد واحدة منهما أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى الأخوات ، فإنهن أحق من الخالات والعمات لأن الأخوات بنات الأبوين ، وبنات الأبوين أقرب من بنات الجدات والأجداد ، وتقدم الأخت الشقيقة لأنها أشفق من غيرها ، ثم الأخت لأم ، لأن الحق ثبت لها من جهة الأم ، ثم الأخت لأب (٢).

فإن لم توجد واحدة من الأخوات أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى بنات الأخوات الشقيقات ، والأخوات لأم. على أن تقدم بنت الأخت الشقيقة على بنت الأخت لأم .

فإن لم توجد واحدة من هؤلاء انتقل حق الحضانة إلى الخالات وهن أخوات أم الصغير أو الصغيرة على أن تقدم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب .

فإن لم توجد واحدة من الخالات انتقل حق الحضانة إلى بنت الأخت لأب على الصحيح فى المذهب ، وقيل إن بنت الأخت لأب تقدم على الخالات، وإنما كان الأول هو الصحيح لأن قرابة الخالات من جهة الأم ، أما بنت الأخت لأب فقرابتها من جهة الأب ، والحضانة إنما تستفاد من قبل الأم ، فكان المنتسب بها أولى .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤١ (٢) وقيل إن الخالة تقدم على الأخت لأب والأول هو الراجح فى مذهب الحنفية ، وهو ما مشى عليه أصحاب المتون اعتبارا لقرب القرابة ، لأن الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجدة ، وتقديم المنتسب بالأب إنما يكون عند اتحاد درجة القرابة

فإن لم توجد واحـدة من هؤلاء انتقل حق الحضانة إلى بنت الأخ الشقيق ثم إلى بنت الأخ لأم ، ثم إلى بنت الأخ لأب .

والسر فى تقديم بنات الأخوات على بنات الإخوة أن قرابة بنات الأخوات للصغير جاءت عن طريق الأخت ، والأخت لها حق الحضانة ، أما بنات الإخوة فقرابتهن للصغير جاءت عن طريق الأخ ، والأخ لا حق له فى الحضانة مع وجود النساء فـكان من ينتسب إلى الصغير بمن له حق فى الحضانة أولى ممن ينتسب إليه بمن ليس له حق فى الحضانة .

فإن لم توجد واحدة من بنات الإخوة انتقل حق الحضانة إلى العمات . وهن أخوات أبى الصغير أو الصغيرة ، وتقدم العمة الشقية ثم العمة لأم ثم العمة لأب .

فإن لم توجد واحدة من العمات انتقل حق الحضانة إلى خالات الأم ، ثم إلى خالات الأب ، وتقدم الخالة الشقيقة ، ثم الخالة لأم ، ثم الخالة لأب .

فإن لم توجد واحدة من هؤلاء انتقل حق الحضانة إلى عمات الأم ثم إلى عمات الأب على الترتيب المتقدم .

فإن لم يوجد من النساء محرم للصغير أو الصغيرة انتقل حق الحضانة إلى المحارم من العصبة على حسب ترتيبهم فى الإرث فيقدم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب ، ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب إن كان من يستحق الحضانة غلاما فإن كان أنثى لم يكن له الحق فى الحضانة سواء كانت صغيرة غير مشتهاة أم كانت مشتهاة ، وسواء كان ابن العم مأمونا أم غير مأمون ، لأنه ليس بمحرم لها(١)

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٥٦

فإن لم يوجد أحد من العصبات المحارم أو وجد ولم يكن أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى المحارم من غير العصبة على الترتيب الآتى :

الجد أبو الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم .

وهذا عند أبى حنيفة ، لأن لهؤلاء الأقارب ولاية الزواج فيكون لهم حق الحضانة[1] .

فإن لم يوجد واحد من هؤلاء كان الأمر مفوضا إلى رأى القاضى فله أن يضع الولد عند من يثق به رجلا كان أو امرأة .

وإذا تعدد المستحقون للحضانة وكانوا من درجة واحدة كالإخوة الأشقاء قدم من كان أصلح للصغير ، فإن تساووا فى ذلك قدم من كان أكبر سناً لأنه فى الغالب أكثر تجربة وأدرى بما فيه المصلحة للصغير .

الفصل الثالث

شروط استحقاق الحضانة

لما كانت تربية الصغير تتطلب كفاية خاصة اشترط الشارع لاستحقاقها أموراً باجتماعها يمكن الوصول إلى التربية المطلوبة ، وإن فقد واحد منها تطرق الخلل إلى تربية الصغير ، وهذه الشروط بعضها عام يجب توافره فى كل من يقوم بالحضانة سواء أكان من النساء أو الرجال ، وبعضها ، خاص بمن يقوم بالحضانة من النساء وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من الرجال .

---

(١) فتح القدير ج ١ ١٦١

وإليك بيان كل نوع منها :

ا — شروط استحقاق الحضانة للرجال والنساء .

يشترط لاستحقاق الحضانة لكل من الرجال والنساء ما يأتى :

١ — البلوغ . فلا تثبت الحضانة للصغير ولو كان مميزاً ، لأن من لم يصل إلى درجة البلوغ لا يحسن القيام بشئون نفسه فكيف يوكل إليه القيام بشئون غيره؟ .

٢ — العقل . فلا تثبت الحضانة للمجنون والمجنونة ولا للمعتوه والمعتوهة لأن غير العاقل لا يحسن القيام بحفظ الصغير ورعايته ، بل قد يخشى عليه منه .

٣ — القدرة على تربية المحضون وصيانته والقيام بشئونه ، فلا تثبت الحضانة للعاجز عن ذلك لكبر سن أو مرض أو شغل ، وعلى هذا لو كانت المرأة كبيرة السن بحيث لا تستطيع القيام بشئون الطفل لا يكون لها الحق فى الحضانة ، وكذلك لو كانت مريضة مرضاً يعجزها عن القيام بمصالح المحضون لا يكون لها الحق فى الحضانة(١) ولو كانت المرأة محترفة فإن كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون أهلا للحضانة ، وإن كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شئونه لا يسقط حقها فى الحضانة . فالمناط فى استحقاق المرأة المحترفة للحضانة وعدم استحقاقها هو القدرة على تربية الصغير ورعايته وعدم القدرة على ذلك . ومن هذا يعلم أن الطبيبات والمعلمات وناظرات المدارس ينبغى أن يبقى لهن هذا الحق إذا كان خروجهن لا يترتب عليه ضياع الولد ، لأن الطبيبة مثلا قبل أن تخرج إلى عملها تعهد بطفلها إلى من ينوب عنها فى ملاحظته ورعاية

(١) وقد قضت محكمة بنها الشرعية فى ١٩٣٦/١٠/١٤ بأن من له حق ضم الصغير إليه إذا ثبت عجزه عن القيام بشئونه لا يجاب إلى طلب الضم ، مجلة المحاماة الشرعية س : ٨ ص ١٣٣

شئونه تحت إشرافها ومراقبتها ، وهـذا هو ما تسير عليه محاكم الأحوال الشخصية(١) .

٤ — الأمانة على أخلاق المحضون . فلا يثبت حق الحضانة لمن يكون غير أمين على تربية الصغير وتقويم أخلاقه ، فلو كانت المرأة فاسقة ، وكان فسقها يشغلها عن العناية بالصغير ، ويؤدى إلى ضياعه إذا ترك عندها لم يكن لها الحق فى الحضانة ، وكذلك لو كان الرجل فاسقاً ويخشى ضياع الصغير إذا ترك عنده لا يكون أهلا للحضانة . أما إذا كان فسق الرجل أو المرأة لا يمنع من العناية بالصغير والقيام بأمره فلا يسقط حقهما فى الحضانة إلا أنه إذا كانت المرأة شيئة السلوك وخيف على الولد أن يتأثر بسلوكها كان لها حق الحضانة إلى أن يعقل الصغير ، وذلك ببلوغه سبع سنين أو إلى أن يخاف عليه أن يألف ما تفعله وإن لم يبلغ هذه السن فحينئذ يسقط حقها فى الحضانة مراعاة لصالح الصغير حتى لا يشب

---

(١) فقد قضت محكمة أسيوط الشرعية فى ١٥ / ١٠ / ١٩٤٧ بأنه «إذا كانت ظروف العمل لدى الحاضنة التى تقوم بالتدريس تسمح بإرضاعها لولدها فى الأوقات الواجبة وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضيع اعتبرت الحاضنة بذلك قادرة على صيانة الرضيع وحفظه طبقاً لما تشير إليه النصوص الشرعية » مجلة المحاماة الشرعية س . ٢٠ ص ٨٩ .

ورفضت إحدى المحاكم دعوى طلب فيها الأب ضم ولده إليه لأن أمه موظفة فى إحدى الشركات العامة ، وعللت ذلك الرفض بأن خروج الأم بعض الوقت فى أثناء النهار لمباشرة أعمالها لا يحول بينها وبين عنايتها بولدها ومحافظتها عليه ، والدليل على ذلك أن المدعى وهو والد الصغير لم يذكر حادثة واحدة ترتب عليها إلحاق الأذى بالصغير أو لزم منها ضياعه ، وهذا هو مناط سقوط حق الحضانة ، ومع ذلك فإن الأم قررت أن أمها — وهى التى لها حق حضانة هذا الصغير بعدها — تعيش معها وتقوم على رعايته والمحافظة عليه أثناء قيام أمه بأعباء الوظيفة « القضايا الزوجية الكبرى ص ٩ »

دارجاً على الرذيلة ، وهذا هو ما تجرى عليه أحكام المحاكم[1] .

ب — شروط استحقاق الحضانة للنساء .

إذا كانت الحاضنة من النساء وجب أن يتوافر فيها شروط أخرى زيادة على الشروط التى تقدم بيانها ، وهذه الشروط هى :

١ — أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير كأمه وأخته وخالته فلو كانت أجنبية عن الصغير لا يثبت لها حق الحضانة حتى ولو كانت محرمة عليه كأمه وأخته من الرضاع . وكذلك لو كانت قريبة للصغير ولم تكن محرماً له

---

(١) من هذه الأحكام الحكم الصادر من محكمة الأزبكية فى ٣٠ / ١٢ / ١٩٢٩ بسقوط حق الأم فى حضانة أولادها لارتكابها الفاحشة والقضاء بحبسها مع الشغل من أجل ذلك وقد جاء فى حيثيات هذا الحكم « إن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها وإلا فهى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها » مجله المحاماة الشرعية س : ١ ص ٧٢٢ .

والحكم الصادر من محكمة ميت غمر والذى جاء فى حيثياته « إن المنصوص عليه شرعا أن الحاضنة إن كانت فاسقه فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها فى الحضانة وإلا فهى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها ، وأن بعض الفقهاء وإن حددوا السن التى يعقل فيها الصغير بسبع سنين إلا أن المشاهد أن الصغير يتأثر كثيراً بما حوله قبل بلوغ هذه السن على الأخص فيما يشاهد من أفعال شائنة تحيط به » مجلة المحاماة الشرعية س ٥ ص ٨٠ .

ومنها أيضا حكم محكمة كرموز فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الذى قرر سقوط حق الأم فى حضانة صغيرين لها بسبب سكناها بهما مع أجنبى كأنه زوج لها ، وبسبب خروجها الكثير إلى المسارح والسينما مما يضيع الأولاد فيكون وحده كافياً لسقوط حق الحضانة مثله فى هذا مثل مسا كنتها لأجنبى فى اعتباره سبباً كافياً وحده لسقوط حق الحضانة ، مجلة المحاماة الشرعية س ٢ ص ٦٦٧ .

لا تكون أهلا للحضانة كبنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات .

٢ — ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم له . فإن كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير أو كانت متزوجة بقريب للصغير ولكنه ليس محرماً له فلا حق لها في الحضانة . وإن كانت متزوجة بقريب محرم للصغير كعمه أوجده لا يسقط حقها في الحضانة . وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم في قصة المرأة التي طلقها زوجها وأراد أن يأخذ ولده منها « أنت أحق به ما لم تتزوجي » فإنه جعل زواج الأم مسقطاً لحقها في حضانة ولدها ، وإذا كان زواج الأم لا يجعل لها حقاً في حضانة ولدها فغيرها لا يكون له هذا الحق بالطريق الأولى . وظاهر الحديث يدل على أن زواج الحاضنة مانع لها من الحضانة مطلقا سواء كان زوجها أجنبيا أم قريباً للصغير محرماً أو غير محرم ولكن الحنفية ويوافقهم في ذلك المالكية[1] والحنابلة جعلوا الزواج المسقط لحق الحضانة مقصوراً على الزواج بالأجنبي أو القريب غير المحرم مستندين في ذلك إلى الحكمة التي من أجلها جعل الشارع الزواج مانعاً من الحضانة وهي أن الزوج يمقت ولد زوجته من غيره وينظر إليه شذراً، ويود ألا يكون مع أمه وهذا لا يتحقق إذا كان الزوج محرماً للصغير ، لأن المحرم يعطف على الصغير كولده ولا يتضرر من وجوده مع زوجته لوجود القرابة الباعثة على الشفقة .

وقد رأت لجنة الأحوال الشخصية أن عدم زواج الحاضنة بغير محرم للصغير ليس شرطا لاستحقاق الحضانة ، ولكنها أعطت للقاضي الحق في منعها من الحضانة إذا وجد أن استمرارها منافيا لمصلحة الصغير ، نصت على ذلك في المادة (٢١٣) من مشروع القانون وهو مروى عن عثمان وذهب إليه الحسن البصري وابن حزم الظاهري .

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٣٠ .

٣ — ألا تقيم بالصغير فى بيت من يبغضه ويكرهه ولو كان قريباً له . لأن الحضانة شرعت لمصلحة الصغير وصيانته ، وإقامة الحاضنة مع المبغض له يعرضه للأذى والضياع . وعلى هذا لو تزوجت الأم بأجنبى وسقط حقها فى الحضانة وأخذت أمها الولد ، فإن أقامت به مع زوج ابنتها كان للأب أن يأخذه منها ، أما إذا أقامت به فى بيت رجل آخر غير زوج الأم كزوج خالته فلا يسقط حقها فى الحضانة لأن هذا الأجنبى لا يبغض الصغير ولا يكرهه .

٤ — ألا تكون مرتدة ، فلو كانت الأم مسلمة وارتدت عن الإسلام لم يكن لها الحق فى الحضانة ، لأن حكم المرتدة عند الحنفية أنها تحبس حتى ترجع إلى الإسلام أو تموت ومن كان حالها كذلك لا تتمكن من القيام بتربية ولدها والعناية بأمره .

أما إسلام الحاضنة فإنه ليس بشرط لاستحقاق الحضانة ، سواء كانت الحاضنة أما أم غيرها . فلو كانت المرأة كتابية أو وثنية لا يسقط حقها فى الحضانة ، لأن هذا الحق مبنى على الشفقة على الصغير ، والشفقة من الأمور الطبيعية التى لا تتأثر باختلاف الدين ؛ فإن كانت الأم كتابية ولها زوج مسلم كان لها الحق فى حضانة ولدها منه ، ويبقى لها هذا الحق إلى أن يعقل الولد الأديان وذلك ببلوغه سن السابعة أو يتضح أن فى بقائه معها خطرا على دينه ، بأن بدأت تعلمه أمور دينها ، أو تقوم بها أمامه أو تذهب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، فإذا بلغ الولد هذه السن أو خيف عليه أن يألف دينا غير الإسلام سقط حقها فى الحضانة[1] وهذا ما تسير عليه أحكام المحاكم[2] .

---

(١) الدر وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٥٦ والفتوى الصادرة من الإفتاء فى ١٨/٣/١٩٣٣ ، مجلة المحاماة الشرعية س ٤ ص ٥٧ » .

(٢) انظر فى هذا حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٤/٥/١٩٣٤ المنشور فى مجلة المحاماة الشرعية س ٥ ص ٧٥٩ .

وبه أخذت لجنة الأحوال الشخصية إلا أنها منعت بقاء الصغير مع الحاضنة بعد تمام الخامسة من عمره فى جميع الحالات (الفقره الثانية من المادة ٢٠٨) .

حـ — شروط استحقاق الحضانة للرجال :

وإذا كان الحاضن من الرجال اشترط لاستحقاقه الحضانة زيادة على الشروط العامة التى تقدم بيانها ما يأتى :

١ — أن يكون محرماً للمحضون إذا كان أنثى ، وعلى هذا لا يكون للرجل الحق فى حضانة ابنة عمه ، لأنه ليس محرماً لها ، وإثبات هذا الحق له قد يؤدى إلى الفساد والفتنة ، فسداً لهذه الذريعة لا يثبت له هذا الحق إلا أنه إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها فللقاضى أن يبقيها عنده إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده(١) .

٢ — أن يكون موافقا للمحضون فى الدين ، لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس : ولا ولاية مع اختلاف الدين . ولأن حق الرجال فى الحضانة مبنى على الميراث ، ولا توارث مع الاختلاف فى الدين .

فإذا كان للصغير المسلم أخوان شقيقان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم ، فحضانته لأخيه المسلم .

ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن كل من له حق الحضانة إذا سلب منه هذا الحق لوجود مانع فإن حقه فى الحضانة يعود إذ زال هذا المانع ، فالأم مثلا إذا تزوجت بأجنبى أو قريب غير محرم للصغير وسقط حقها فى الحضانة لهذا السبب يعود إليها هذا الحق إذا فارقها زوجها بطلاق أو وفاة .

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٥٦ ، ٦٥٧ .

الفصل الرابع

أجرة الحضانة . متى تستحق ؟ ومن تجب عليه

١ — أجر الحضانة

الحضانة عمل من الأعمال ، فيستحق من يقوم بها أجرا فى مقابلتها مالم يكن متبرعا ، غير أنه إذا كانت الحاضنة هى الأم وكانت زوجة لأبى الصغير أو معتدة له من طلاق رجعى فلا تستحق أجره على الحضانة ، وكذلك لو كانت معتدة من طلاق بائن على إحدى الروايتين فى مذهب الحنفية ، وهى التى يجرى عليها العمل ، لأنها تستحق على زوجها نفقة للزوجية أو نفقة العدة فلا تستحق عليه نفقة أخرى فى مقابل القيام بالحضانة ، لأن ماتستحقه من النفقة كاف للقيام بالحضانة .

وعلى هذا لو كانت الأم زوجة لأبى الصغير شرعا، ولاتجب لها نفقة عليه قانونا كما فى حالة الزواج العرفى أو كانت معتدة ولم تجب لها نفقة كما إذا أبرأت زوجها من النفقة فى مقابل الطلاق فإنها تستحق الأجرة على الحضانة . وكذلك لو قامت الأم بالحضانة بعد انتهاء العدة فإنها تستحق الأجرة على الحضانة . لأنها لاتستحق نفقة على الأب حينئذ ، وقد حبست نفسها للقيام بالحضانة ، ومن حبس نفسه للقيام بعمل استحق الأجر فى مقابل هذا العمل ،

أجرة مسكن الحضانة والخادم

إذا احتاجت الحاضنة إلى مسكن تقيم فيه لحضانة الصغير وجبت أجرته على

من تجب عليه نفقة الصغير لأن أجرة المسكن من النفقة الواجبة للصغير ، فإذا احتاجت الحاضنة إلى مسكن تحضنه فيه وجبت أجرته على من تجب عليه نفقته

واحتياج الحاضنة إلى المسكن يتحقق إذا كانت الحاضنة — عند استحقاقها الحضانة — تسكن مع شخص أجنبي عن الصغير ، ويلزمها الانتقال إلى مسكن مستقل لحضانة الصغير ، ولم يكن هناك من تجب عليه أجرة سكنها ، أما إذا كانت الحاضنة تقيم فى مسكن مستقل سواء كان مملوكا لها أو مستأجراً، أو كانت تسكن مع أجنبي عن الصغير وكان هناك من تجب عليه أجرة مسكنها فلا تجب أجرة على من تجب عليه نفقة الصغير لأن الصغير لا يستقل بنفسه فى السكنى ، وإنما يسكن تبعا لحاضنته ، فإذا كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن الصغير فيه لم يكن هناك مايدعو إلى تقرير أجرة للمسكن فى هذه الحالة (١)

وكذلك لو احتاج الصغير إلى خادم فإن أجرته تجب على أبيه متى كان موسرا ،

---

(١) تقرير الحكم على هذا الوجه هو الذى ينبغى التعويل عليه ، أما ماجاء فى بعض كتب الفقه من حكاية الخلاف بين علماء المذهب الحنفى فى وجوب أجرة مسكن الحضانة ، وأن منهم من قال : لا تجب أجرة مسكن الحضانة ، ومنهم من قال : تجب أجره مسكن الحضانة ، ونقل هذا الخلاف فى بعض المؤلفات الحديثة والعناية بترجيح أحد القولين على الآخر فلا محل له بعد أن وفق بعض المحققين بين القولين وأرجعهما إلى قول واحد وهو وجوب أجرة مسكن الحضانة عند الحاجة إليه . وذلك لأن من نفى وجوب أجرة المسكن لم ينف وجوبها فى جميع الحالات ، وإنما نفاها فى الحالة التى لا تحتاج فيها الحاضنة إلى مسكن تقوم فيه بحضانة الصغير ، ومن قال بوجوب أجرة المسكن لم يقل بوجوبها فى جميع الحالات ، وإنما قال بوجوبها فى الحالة التى تحتاج فيها الحاضنة إلى مسكن تحضن فيه الصغير ،

وهذا هو المعقول والذى يتفق مع الأحكام الأخرى المقررة فى هذا الباب

ب — متى تستحق أجرة الحضانة

أجرة الحضانة كأجرة الرضاع التى تقدم بيان الحكم فيها من ناحية تاريخ استحقاقها ، وعلى هذا لو كان هناك اتفاق على القيام بالحضانة فى نظير أجر معين أو حكم من القاضى بذلك استحقت الحاضنة الأجر من تاريخ الاتفاق أو الحكم وإذا لم يوجد اتفاق على الأجر ولا حكم به فإن كانت الحاضنة غير الأم فلا تستحق أجرة على الحضانة إلا من تاريخ حصول الاتفاق على الأجرة أو الحكم بها ، فلو قامت بالحضانة مدة ولم يكن هناك اتفاق بينها وبين أبى الصغير أو من يحل محله على الأجر ولا حكم للقاضى فلا يكون لها الحق فى المطالبة بأجر عن هذه المدة لأن أجره الحضانة كسائر الأجور فلا تجب إلا بالعقد أو قضاء القاضى .

وإن كانت الحاضنة هى الأم استحقت الأجرة من وقت قيامها بالحضانة بعد انقضاء العدة من غير توقف على تراض أو قضاء على ما استظهره صاحب البحر . ولا تستحق الاجرة إلا من يوم الاتفاق على الاجر أو القضاء به على

كأجرة الخادم ، فإن المقرر باتفاق علماء المذهب أنها تجب على أبى الصغير إذا احتاج الصغير إلى من يخدمه ، وحاجة الصغير إلى المسكن لاتقل عن حاجته إلى الخادم ، فلا يتصور الخلاف فى وجوب أجرة المسكن عند الحاجة إليه والاتفاق على وجوب أجرة الخادم عند الحاجة إليه .

ولهذا وجدنا لجنة الأحوال الشخصية تقرر فى المادة (٢١١) من مشروع القانون الذى وضعته مايأتى :

ا — لاتستحق الحاضنة أجرة مسكن حضانة إذا كانت تسكن فى ملكها أو بدون أجر .

ب — وتستحق أجرة مسكن حضانة إذا أمسكت المحضون فى مسكن بأجر ، ويقدر القاضى مايخص المحضون أو المحضونين من هذا الأجر

مما استظهره صاحب الرمز ، وهذان الرأيان وإن وردا في أجرة الرضاع لكنهما يجريان في أجرة الحضانة بالقياس عليها ، إذ لا يظهر فرق بينهما كما نص على ذلك الشيخ المهدى في الفتاوى (١)

وقد جرى القضاء في استحقاق أجرة الحضانة على التفرقة بين الأم وبين غيرها ، فالأم تستحق الأجرة على الحضانة من تاريخ قيامها بالحضانة فعلا ولو لم يكن هناك تراض أو قضاء ، وغير الأم لا تستحق الاجرة إلا من تاريخ الحكم بها أو التراضي عليها كما جرى على ذلك في استحقاق أجرة الرضاع (٢) وإن كانت بعض المحاكم قد ذهبت إلى أن أجرة الحضانة لا تستحق إلا من تاريخ الحكم أو التراضي عليها سواء أكانت الحاضنة هي الأم أم غيرها (٣)

وقد اختارت لجنة الأحوال الشخصية استحقاق الأجرة من وقت القيام بالحضانة سواء كانت الحاضنة هي الام أم غيرها ، فنصت في المادة (٢٠٩) على أنه « تستحق أجرة الحضانة من وقت العمل ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء »

ح — من تجب عليه أجرة الحضانة

إذا وجبت الاجر للحاضنة كانت كأجرة الرضاع ، فتجب على الصغير

---

(١) الفتاوى المهدية جـ ١ ص ٢٧١ ، ٢٧٤ .

(٢) حكم محكمة الإسكندرية في ١٩٢٩/١١/١٧ المنشور في مجلة المحاماة الشرعية س ١١ ص ٥٩

(٣) حكم محكمة بورسعيد في ١٩٣٣/٣/١٨ المنشور في مجلة المحاماة الشرعية س ٦ ص ٧٥٥ ، وحكم محكمة مصر الابتدائية في ١٩٢٦/٤/٥ المنشور في مجلة المحاماة الشرعية س ٢ ص ٩٢٨

فى ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال وجبت على من تجب عليه نفقته وهو
الأب إن كان موجوداً ، فإن كان معسراً وجبت عليه أجرة الحضانة كسائر
مؤن الصغير وجعلت دينا فى ذمته يطالب به إذا أيسر ، فإن لم يكن الأب
موجوداً أو كان فقيراً عاجزاً عن الكسب وجبت الأجرة على من يلزم بنفقته
من الأقارب على ماسيأتى بيانه فى نفقة الأولاد والأقارب (١)

وإذا وجبت أجرة الحضانة فإنها تكون كسائر الأجور فلا تسقط بمضى
المدة ولا بموت الصغير ولا بموت من تجب عليه ، ولا بموت الحاضنة ، فلو ماتت
ولم تقبضها كان لورثتها الحق فى طلبها (٢)

الفصل الخامس

طلب الحاضنة الأجرة مع وجود المتبرعة

إذا طلبت صاحبة الحق فى الحضانة أجرا على حضانة الصغير ، وامتنعت
من حضانته إلا بأجر ، وتبرعت امرأة أخرى بحضانته مجاناً فهل تكون صاحبة
الحق فى الحضانة أولى أو المتبرعة ؟

فى هذا الحكم تفصيل ، وهو أن المتبرعة إما أن تكون من أهل الحضانة
بأن كانت قريبة للصغير قرابة تحرم الزواج بينهما وتوافرت شروط الحضانة
وإلا تكون من أهل الحضانة . فإن لم تكن من أهل الحضانة قدمت صاحبة
الحق فى الحضانة على المتبرعة ، سواء كان الأب موسراً أو معسراً وسواء

(١) و (٢) رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٢٦٥ وما بعدها .

كان للصغير مال أو لم يكن له مال ، لأن تسليم الصغير إلى المتبرعة لا يكون فيه مصلحة له ، وتسليمه إلى من لها الحق فى الحضانة فيه نظر للصغير ومصلحة له ، لأنها أشفق عليه من غيرها ، والمحافظة على مصلحة الصغير أولى بالرعاية من المحافظة على جزء من ماله أو مال أبيه لأن المال خلق لحماية النفس وقضاء مصالحها .

وإن كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للصغير مال ، وكان أبوه موسرا قدمت صاحبة الحق فى الحضانة أيضاً على المتبرعة ، لأن الصغير إذا لم يكن له مال كان أجر الحضانة واجباً على أبيه ، وإعطاؤه للحاضنة دون المتبرعة فيه مصلحة له ، لأنها أكثر حناناً وعطفاً عليه من المتبرعة ، وما دام الأب موسراً فلا ضرر عليه فى إلزامه بالأجرة للحاضنة .

وإن كانت المتبرعة من أهل الحضانة وكان للصغير مال قدمت المتبرعة على صاحبة الحق فى الحضانة سواء كان الأب موسراً أومعسراً ، لأن الصغير إذا كان له مال كانت أجرة الحضانة واجبة فى ماله وفى إعطائه للمتبرعة إعفاء له من الأجرة وفى هذا حفظ لماله ، ولا ضرر على الصغير فى إعطائه للمتبرعة لتحقق الشفقة والعطف عليه لأنها من المحارم[١] .

وكذلك لو كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للصغير مال وكان أبوه معسرا لا يستطيع دفع الأجرة ، لأن إعطاء الصغير للحاضنة بأجر مع وجود المتبرعة الصالحة للحضانة يترتب عليه إلزام الأب بالأجر من غير داع ، وفى هذا إضرار

(١) وقد قضت محكمة مغاغة فى ١٨ / ٢ / ١٩٥٢ بأنه إذا كان أجر الحضانة مفروضا فى مال الصغير وطلبت حاضنة أخرى إمساكه بلا أجر خيرت الأولى بين أن تمسكه بلا أجر أو تتركه ، فإذا لم ترض بحضانته مجانا حكم القاضى بضمه إلى الحاضنة الأخرى التى تطلبه بلا أجر (القضاء الجزئى ص ٢٣٤)

للأب بسبب ابنه . وهو لا يجوز ، لقول الله تعالى « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده[١] .

ومما تقدم يتبين أن الحضانة تختلف عن الرضاع ، لأن المتبرعة بالرضاع تقدم على الأم إذا لم ترض بالرضاع بلا أجر ولو كانت أجنبيـة عن الصغير ، وكذلك لو طلبت غير الأم أجراً على الرضاع أقل من الأجر الذى تطلبه الأم فإنها تقـدم على الأم ، سواء كان للصغير مال أو لم يكن ، وسواء كان الأب موسراً أو معسراً.

أما المتبرعة بالحضانة فإنها إن كانت غير محرم للصغير فلا تقدم على صاحبة الحق فى الحضانة ، وإن كانت محرماً للصغير فلا تقدم على صاحبة الحق فى الحضانة إلا إذا كانت الأجرة واجبة فى مال الصغير أو كان الأب معسراً .

والسر فى هـذا الاختلاف أن المقصود من الرضاع هو التغذية ، والتغذية كما تتحقق من المحارم تحقق من غير المحارم، فلا يكون فى تقديم المتبرعة أو من تطلب أجراً أقل مما تطلبه الأم إضرار بالصغير .

أما الحضانة فالمقصود منها تربية الصغير وتعهـده بالرعاية والعناية ، وهـذه أمور تحتاج إلى الشفقة والحنان والعطف ، وهى أمور قلما توجد فى البعيدات وكلما قربت درجة القرابة كان توافرها أكثر .

وإذا امتنعت الأم أو من يليها فى استحقاق الحضانة عن حضانة الصغير إلا بأجر ولم توجد متبرعة بالحضانة من محارم الصغير ، وكان الأب معسراً ولم يكن للصغير مال فإن الأم تجبر على الحضانة والقيام برعاية الصغير وتـكون

---

(١) انظر حكم محكمة مصر الشرعية فى ١٩/١٢/١٩٣٤ المنشور فى مجلة المحاماة الشرعية س ٦ ص ٣٩٨

أجرتها ديناً على الأب يلزم بأدائه إذا أيسر ، ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء ، لانه دين قوى إذ هو واجب فى مقابلة عمل ، وهو تربية الصغير وتدبير شئونه .

الفصل السادس

مكان الحضانة وأثر انتقال الحاضنة إلى مكان لا يجوز لها الانتقال اليه

١ ـ مكان الحضانة :

إذا كانت الحاضنة للصغير أمه وكانت الزوجية بينها وبين أبى الصغير قائمة فمكان الحضانة هو المكان الذى تقيم فيه مع الزوج ، فلا يجوز لها الانتقال منه إلى غيره إلا إذا أذن الزوج لها فى الانتقال ، سواء كان الصغير معها أو لم يكن لأن الزوجة يلزمها متابعة زوجها والإقامة حيث يقيم ، وكذلك لو كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن ، لأن المعتدة يلزمها قضاء العدة فى المكان الذى وقعت فيه الفرقة ولا يجوز خروجها ولا إخراجها منه ، لقول الله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » .

أما إذا طلقت من أبى الصغير وانقضت عدتها فهل لها أن تنتقل بالصغير إلى بلد آخر ؟ الحكم فى هذا يختلف تبعاً لقرب البلد الذى تريد الانتقال إليه وبعده .

فإن كان البلد قريباً من البلد الذى كانت تقيم فيه جاز لها الانتقال إليه إلا إذا

كان الانتقال من مدينة إلى قرية فلا يجوز لها الانتقال ، لأن فى أخلاق أهل القرى جفاء فيخشى أن يتخلق الصغير بأخلاقهم .

وإن كان البلد الذى تريد الانتقال إليه بعيدا فلا يجوز لها الانتقال بالصغير إليه إلا إذا توافر شرطان .

الشرط الاول : أن يكون البلدالذى تريد الانتمال إليه هو بلدها الأصلى .

والشرط الثانى : أن يكون أبو الصغير تزوجها فيه .

فإذا توافر هذان الشرطان جاز للأم الانتقال بالصغير إليه ، وإن تخلف واحد منهما لم يجز لها الانتقال إليه ، لأن من يتزوج امرأة فى بلدها يكون راضياً ضمناً بإقامتها بالولد فيه ولأن فى إقامة الأم فى بلدها بعد انقضاء العدة مصلحة لها حيث توجد بين أهلها وذويها ومصلحة للصغير لوجوده مع أشفق الناس عليه ، فترجح هذه المصلحة على ما عساه يلحق الأب من ضرر بعده عن ولده .

وعلى هذا لو تزوج رجل من القاهرة بامرأة من الأقصر وعقد زواجه بها ثم انتقل إلى القاهرة وطلق زوجته بعد أن ولدت ولدا فلهذه المرأة بعد انتهاء العدة أن تنتقل بالصغير إلى الأقصر ولا تسقط حضانتها بهذا الانتقال ، أما إذا كان عقد الزواج قد تم فى غير الأقصر فلا يجوز لها الانتقال إلى الأقصر إلا إذا رضى الأب بالانتقال ، لأنه لم يوجد ما يدل على رضا الأب بحضانة الولد فيه وكذلك لو أرادت الأم الانتقال بالصغير إلى البلد الذى تزوجها فيه ولم يكن بلدها الأصلى فلا يجوز لها هذا الانتقال ، لأن هـذا البلد ليس وطنها وحصول الزواج فيه ليس دليلا على رضا الأب بالمقام فيه .

ويعتبر البلد قريباً عند الفقهاء إذا كان الأب أو الولى يستطيع أن يسافر إليه ويرى الولد ويعود إلى محل إقامته قبل دخول الليل ، فإن لم يستطع ذلك كان البلد بعيداً .

ولكن لم يبين الفقهاء وسيلة الانتقال التى يعتبر بها المكان قريباً أو بعيداً والظاهر أن الأمر فى ذلك يرجع إلى ما يتعارفه أهل كل زمان فلا يجوز احتساب المسافة على أساس قطعها بالسير على الأقدام أو ركوب الدواب وإنما تحتسب وفق المواصلات السائدة فى هذا العصر ، وهذا هو ما يسير عليه القضاء[1] .

أما لجنة الأحوال الشخصية فقد رأت أنه يجوز للأم بعد البينونة أن تنتقل بولدها إلى بلد آخر ، إذا لم يكن فى هذا النقل إخلال بتربية الصغير ، ولم يكن مضارة للأب ، وكان لا يكلفه فى الانتقال لمطالعة أحوال المحضون مشقة أو نفقة غير عاديتين نصت على ذلك فى الفقرة الثانية من المادة (٢١٧) وهو رأى حسن لاتفاقه مع تطور الزمن وتيسر سبل المواصلات من مكان إلى آخر مع السرعة والأمان ، بحيث لا يكون هنا داع إلى التفصيل الذى نص عليه الفقهاء فى كتب الفقه .

هذا كله فيما إذا كانت الحاضنة هى الأم ، أما إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير الأم كالجدة أو الأخت أو الخالة أو العمة فليس لها أن تنتقل بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا برضاه ، فلو انتقلت إلى بلد آخر بدون رضاه كان للأب أو

---

(١) فقد قضت محكمة مصر الابتدائية فى ١٩٤٠/٩/٥ بأن للأم أن تنتقل بالصغير إلى بلد آخر غير بلد الحضانة إذا كان بين البلدين تقارب بحيث يتمكن الأب من رؤية ابنه والرجوع فى نهاره ، سواء كان وطنها أو لا ، وعقد عليها فيه أولا ، وأن المعتبر فى القرب والبعد هو ما تعارفه أهل كل زمان فلا يجوز أن يعتبر قطع المسافة فى هذه الأيام بالسير على الأقدام أو ركوب الدواب ، وليس فى التعويل على طرق المواصلات فى هذا العصر فى تحقيق مناط الرؤية حرج على الأب الراغب فى رؤية ابنه ، لأن نفقات المواصلات القديمة كانت أكثر » مجلة المحاماة ، س ٢ : ص ٨٧ .

من يقوم مقامه أن يمنعهـا من ذلك ولو كان ذلك البلد وطناً لهـا . لأن جواز الانتقال للأم إلى بلدها كان بسبب العقد وغير الأم لاعقد بينها وبين أبى الصغير. ولم يفرق الفقهاء فى هذا الحـكم بين البلد البعيد والقريب إذا كانت الحاضنة غير الأم[١] غير أن بعض المتأخرين أجاز انتقـال غير الأم إلى البلد القريب وسوى بينها وبين الأم فى هذا الحـكم ، وذلك أخذاً من تعليلهم جواز انتقال الأم إلى المـكان القريب بأن الانتقال إلى البلدة القريبة كالانتقال إلى أحد جوانب البلدة الواحدة[٢] وعلى هذا جرى القضاء[٣] .

والحـكمة فى هذه الأحكام مراعاة مصلحة الصغير ومراعاة حق والديه وذلك بالجمع بين حضانته بواسطة أمه أو قريباته وبين إشراف أبيه عليـه حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، ولا يحرم صغير من عطف حاضنتـه ورعاية أبيه ، ولهـذا المعنى لا يجوز للأب أن يخرج الصغير من البلد الذى تقيم أمه فيه ما دام فى حضانتها إلا بإذنها لأن فى هذا الإخراج تفويت حقها فى الحضانةوحق الصغير فيمنع منه سواء كان البلد بعيـداً أو قريباً[٤] إلا إذا سقط حق الأم فى الحضانة لسبب من الأسباب ولم يـكن فى البلد الذى هى فيه من ينتقل لهـا حق الحضانة ، فإذا عادت أهلية أمه للحضانة رده إليها[٥] .

---

(١) حاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ٦٦٠ .

(٢) الرد المختار للرافعى حـ ١ ص ٣٤٨

(٣) حكم محكمة دمنهور الشرعية فى ١٩٢٧/١٠/٢٥ وحكم محكمة الجمالية فى ١٩٤١/٤/١٥

(٤) حـكم محكمة طنطا الجزئية الشرعية فى ٨ / ١١ / ١٩٣١ ، مجلة المحاماة الشرعية س ٣ ص : ٢٦٨ (٥) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٦٦

ب — أثر انتقال الحاضنة إلى مكان لا يجوز لها الانتقال إليه

إذا انتقلت الحاضنة بالصغير إلى مكان لا يجوز لها الانتقال إليه فهل ذلك يسقط حقها فى الحضانة ؟

لم يرد عن فقهاء الحنفية نص صريح فى ذلك ولكنهم نصوا على أن الحاضنة يلزمها الإقامة فى بلد الأب وإذا أرادت أن تنتقل بالصغير إلى مكان لا يجوز لها الانتقال إليه كان للأب أو من يقوم مقامه فى ذلك أن يمنعها من الانتقال بالصغير ، فإن انتقلت إليه فعلا فإن كانت الحاضنة زوجة لأبى الصغير أو معتدة منه كان له أن يطلب رجوعها إلى مكان الحضانة وليس له أن يطلب نزع الولد منها وضم الولد إليه ، لأن الأب يمكنه أن يعيد الولد إليه بإعادة أمه إلى مسكن الزوجية ، فإذا طلب ضم الولد إليه من غير أن يطلب عودة أمه إلى مكان الزوجية كان قاصداً تفويت حق الأم فى حضانة ولدها ، وحق الأم ثابت فى الحضانة قبل الفرقة وبعدها لا يملك أحد إسقاطه وعلى هذا جرى القضاء فى أحكامه [1] .

وإن لم تكن الحاضنة زوجة لأبى الصغير ولا معتدة منه كان للأب أن يطلب إرجاع الولد إلى المكان الذى تجب الحضانة فيه ، فإن عادت الحاضنة مع الصغير لم ينزع الولد منها وإن لم تعد كان للأب الحق فى أخذ الصغير واستلامه ، وإذا تسلمه كان له أن يطلب إسقاط أجرة الحضانة عنه .

---

(١) حكمة محكمة كرموز الجزئية فى ١٠/٤/١٩٣٢ ، والمؤيد استئنافيا من محكمة الإسكندرية فى ٢٩/٥/١٩٣٣ وفيه قررت المحكمة هذا المبدأ « إذا انتقلت أم الصغير بولدها ولو إلى مكان بعيد فليس للأب نزعه منها مادامت الزوجية قائمة ، لأن له عليها سلطان الزوجية وإدخالها فى طاعته بضمها إليه ، وكذلك المعتدة لوجوب إسكانها بمسكن العدة » (مجلة المحاماة الشرعية س : ٣ ص ٦٥٧)

ومن ثم كان هذا الموضوع مجالا لاختلاف وجهات النظر بين قضاة محاكم الأحوال الشخصية، فبعضهم جرى على أن انتقال الحاضنة بالصغير إلى مكان لايجوز لها الانتقال إليه لا يسقط حقها فى الحضانة بناء على أن الفقهاء لم يذكروا من بين شروط أهلية الحضانة عدم انتقال الحاضنة بالصغير من بلد أبيه(١).

وبعضهم جرى على أن انتقال الحاضنة بالصغير يسقط حقها فى الحضانة بناء على أن النص على منع الحاضنة من الانتقال بالصغير يلزم منه سقوط حق الحاضنة إذا انتقلت بالصغير بدون إذن(٢)

---

(١) من ذلك حكم محكمة دمياط الشرعية الذى جاء فى حيثياته « إنه بالرجوع إلى أركان الحضانة وشروطها لم يوجد من بينها عدم انتقال الحاضنة بالصغير من بلد أبيه فبإذن تكون الحضانة قائمة مع وجود المخالفة ، ومن ذلك حكم محكمة الجمالية الشرعية الذى جاء فى حيثياته « إن الفقه يقضى بأنه إذا انتقل من له حق الحاضنة بالصغير إلى بلد لا يجوز له الانتقال إليه فلا يترتب على ذلك إبطال حق الحاضنة ولا إسقاط أجرتها إذ لم يذكر الفقهاء من شروط أهلية الحضانة إمساك الصغير فى مكان الحضانة ولا عدم النقلة » القضاء الجزئى ص ٢٤١ ، المحاماة الشرعية س : ١ عدد ٣ ص ١٢١ .

(٢) من هذا حكم محكمة الجمالية الشرعية فى ١٩٢١/٨/٨ بأنه « إذا أقامت أم الصغير فى بلد غير بلد الأب وبينهما تفاوت وليس بلدها ولا معقوداً عليها فيه فلا حق لها فى حضانته » وقد جاء فى حيثيات هذا الحكم ما يأتى : - « نص الفقهاء على أنه ليس لأم الصغير الانتقال من بلد الأب إلى بلد آخر بينهما تفاوت إلا إذا كان وطنها وعقد عليها فيه ، لا جائز أن يكون أثر مخالفة هذا الحكم الوقوع فى الإثم فحسب لأن أحكام الحضانة أحكام عملية يراد ترتب آثارها عليها فى الدنيا لمصلحة الصغير ، ولاجائز أن يكون إجبار الأم بالقوة على العودة إلى بلد الأب ، لأنها إن لم تكن زوجة ولا معتدة لأبى الصغير لا سلطان له عليها ، وإذا لم يجز =

وفى رأينا أن انتقال الحاضنة بالصغير إلى مكان لا يجوز لها الانتقال إليه ينبغى أن يكون مسقطاً لحقها فى الحضانة فإن عادت إلى مكان الحضانة عاد حق الحضانة إليها ، وإن لم يذكر الفقهاء ذلك من بين شروط الحضانة ، لأن النص على وجوب إقامة الحاضنة فى مكان الحضانة وإعطاء أبى الصغير الحق فى منع الحاضنة من الانتقال بالصغير يفهم منه أن عدم الانتقال بالصغير إلى غير مكان الحضانة شرط لاستحقاق الحضانة ، وأن من لها حق الحضانة إذا انتقلت بالصغير إلى بلد لايجوز لها الانتقال إليه ترتب على ذلك إبطال حقها فى الحضانة ، ولهذا كان لأبى الصغير الحق فى طلب إرجاع الولد وحده إلى مكان الحضانة وضم الولد إليه إذا لم تعد الحاضنة إلى مكان الحضانة ولو كان حقها فى الحضانة قائماً مع هذا الانتقال لما كان للأب الحق فى هذا الطلب ، لكن لو خالفت الحاضنة وانتقلت بالصغير لاتكون مخالفتها مسقطة لحقها فى أجرة الحضانة مادام الصغير فى يدها لأن الأجرة تستحق فى نظير القيام بتربية الصغير وتدبير

= إجبارها على الحضانة إلا فى أحوال خاصة فعدم إجبارها على مكان خاص للحضانة أولى فبقى أن يكون الأثر المترتب على الانتقال نزع الولد منها حتى تعود ، وهذا هو المتعين » .

وقد استؤنف هذا الحكم وأيدت محكمة الاستئناف عدم استحقاق الحاضنة التى لا تقيم فى بلد الأب للحضانة ، ومما جاء فى حيثيات هذا الحكم « أن الأم لا يجوز لها أن تنتقل إلى بلد بعيد عن بلد الأب بمسافة لا يمكنه الذهاب إليها والعودة قبل الغروب بالسير المعتاد إلا إذا كان موطناً لها وعقد عليها فيه ، ويعلم من هذا أنه لا حق لها فى حضانة الصغير إذا انتقلت ، لأنه لاجائز أن يكون المراد جبرها على الإقامة لأنها لا تجبر على الحضانة فى مثل هذه الحادثة فضلا عن الإقامة بل يكون المراد أخذ الصغير منها ولا يجوز أخذ الصغير منها ولها حق الحضانة » مجلة القضاء الشرعى السنة الأولى ص ٦٢ — ٦٥

شئونه ، فإذا قامت بالحضانة استحقت الأجرة نظير قيامها بهذا العمل وإن كانت لاتستحق الحضانة .

حق رؤية الولد

وإذا كان الولد عند الحاضنة سواء كانت أمه أم غيرها فليس لها أن تمنع أباه من رؤيته ولـكنها لا تجبر على إرساله إليه فى منزله أو مكان إقامته ، بل تؤمر الحاضنة بأن تخرج الصغير إلى مكان يمـكن للأب أن يراه فيه ، وكذلك لو كان الولد عند أبيه لسقوط حق الأم فى الحضانة أو لانتهاء مدة الحضانة وضم الولد إلى أبيه لا يـكون له أن يمنع الأم من رؤية الولد إلا أنه لا يجبر على أن يرسله إليها فى مكان إقامتها لتراه ، بل يؤمر بأن يخرج الصغير إليها فى مكان بحيث يمـكنها رؤيته .

ولم يوجد فى كتب الفقه نص صريح فى تحديد المدة التى يجوز للأب أن ىرى فيها ولده وللأم أن ترى ولدها ولـكن يمـكن أخذ هذا الحـكم بطريق القياس على خروج الزوجة لرؤية أبويها فقد نص الفقهاء على أن للزوجة أن تخرج ؤية أبويها فى كل أسبوع مرة ، فيقاس على ذلك رؤية الأب لولده أو الأم لولدها تحدد الرؤية بمرة كل أسبوع لأن تلك رؤية الفرع لأصله ، وهذه رؤية الأصل رعه ، فالعلاقة بين المسألتين واحدة وهى علاقة الأصل بالفرع .

ولغير الأم من أقارب الصغير كالخالة الحق فى رؤيته كالأم ولـكن يكون لها الحق فى رؤيته فى كل أسبوع كالأم بل تـكون لها رؤيته فى كل ر مرة على قول غير مشهور فى المذهب(١) ، وعلى هـذا يجرى القضاء

---

(١) الفتاوى المهدية ج ١ ص ١٢١ ، ١٩١ ، ٢٨٣ تبيين الحقائق ج ٣ ص ٥٨ ، حر ج ٤ ص ٢١٢ ، ابن عابدين ج ٢ ص ٦٨٢ .

فى المحاكم[1] .

هذا ، وقد رأت لجنة الأحوال الشخصيه قصر حق الرؤية على الأبوين فقط وقررت أن من بيده الولد إذا امتنع عن تنفيذ الحكم بالرؤية يوقف حقه فى الحضانة مدة تقدرها المحكمة ، وفقاً لما يتبين لها (مادة ٢٢٠) .

الفصل السابع

مدة الحضانة

الطفل من ولادته إلى أن يبلغ مبلغ الرجال يمر بمرحلتين : المرحلة الأولى مرحلة الحضانة والثانية مرحلة الضم إلى الولى ، ولكل من المرحلتين مدة معينة لها مبدأ ولها نهاية .

فالمرحلة الأولى تبدأ مدتها من ولادة الطفل ، أما انتهاؤها فيختلف تبعاً لكون المحضون غلاماً أو أنثى ، فإن كان المحضون غلاماً بقى فى يد الحاضنة حتى يستغنى عن خدمة النساء ، ويستطيع أن يقوم بشئونه الخاصة وحده من أكل ولبس وتنظيف جسمه ، والمحافظة على نفسه . لأن الغلام إذا بلغ هذا الحد يحتاج إلى التأديب وتحصيل العلوم والمعارف والتخلق بأخلاق الرجال وآدابهم ، والأب أقدر على ذلك من الأم وغيرها من النساء . وقد حدد بعض فقهاء الحنفية مدة الاستغناء هذه بتسع سنين ، وحددها بعضهم بسبع سنين وهذا هو الراجح والمفتى به فى مذهب الحنفية ، وإن كان المحضون أنثى بقيت فى يد الحاضنة إلى

---

(١) حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية الشرعية فى ١٩٣١/٦/٢١ « مجلة المحاماة الشرعية س ٣ ص ٦٩ » ، وحكم محكمة المحلة الجزئية فى ١٩٣١/٨/١٨ « مجلة المحاماة الشرعية س ٣ ص ٢٧٩ » .

أن تبلغ سن المراهقة ، وقد اختلف فقهاء الحنفية فى تقدير هذه السن ، فقدرها بعضهم بإحدى عشرة سنة ، وقدرها بعضهم بتسع سنين ، سواء كانت الحاضنة هى الأم والجدة أم غيرها ، وهذا هو الراجح والمفتى به فى مذهب الحنفية(١) .

وكانت المحاكم تسير على أن المرحلة الأولى تنتهى ببلوغ الغلام سبع سنين ، والأنثى تسع سنين إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ فنص فى المادة (٢٠) منه على أن « للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك ، وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون « أن العمل جرى إلى الآن على أن حق الحضانة ينتهى عند بلوغ الصغير سبع سنين وبلوغ الصغيرة تسعاً ، وسن دلت التجارب على أنها قد لا يستغنى فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان فى خطر من ضمهما إلى غير النساء وخصوصاً إذا كان والدهما متزوجاً بغير أمهما ، ولذلك كثرت شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن فى ذلك الوقت .

ولما كان المعول عليه فى مذهب الحنفية أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء ، والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهوة ، وقد اختلف الفقهاء فى تقدير السن التى يكون عندها الاستغناء بالنسبة للصغير فقدرها بعضهم بسبع سنين ، وبعضهم قدرها بتسع ، وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة بتسع سنين ، وبعضهم قدره بإحدى عشرة سنة رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع ، والصغيرة بعد تسع ، فإن رأى أن مصلحتهما فى بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع فى الصغير وإحدى عشرة فى الصغيرة ، وإن رأى مصلحتهما فى

---

(١) تبيين الحقائق ج ٣ ص ٤٨ ، ٤٩ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣١٦ ، ٣١٧

غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء[١] .

والحكمة فى زيادة مدة حضانة الأنثى عن مدة حضانة الغلام أن الانثى بعد استغنائها عن خدمة النساء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والتدريب على الأعمال المنزلية لهذا كان من المصلحة أن تبقى مع الحاضنة مدة أطول من مدة الغلام .

وقد رأت لجنة الأحوال الشخصية زيادة سنة فى المدة التى يجوز للقاضى أن يأذن ببقاء الصغير والصغيرة فيها بيد الحاضنة ، فنصت فى الفقرة الثانية من المادة (٢١٥) على أن «للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى عشر ، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى اثنتى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك» .

كما رأت حرمان الحاضنة من الأجرة عن هذه المدة الإضافية ، نصت على ذلك فى الفقرة الثالثة من المادة السابقة .

والمقصود بالسنة التى تحتسب بها مدة الحضانة السنة القمرية لأن هذا هو الأصل فى تقدير السنين فى النصوص الشرعية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .

وإذا بلغ الولد السن المحددة لانتهاء حضانة النساء ، ولم يمكنه الاستغناء عن خدمة النساء لجنون أو عته أو مرض فلا ينزع من الحاضنة بل يبقى عندها حتى يستغنى عن خدمة النساء على الصحيح فى المذهب[٢] .

---

(١) الدليل المرشد لمحمد الغريب ص ٣٩٢

(٢) ويرى بعض المتأخرين من الحنفية أن الولد إذا بلغ السن المحددة لانتهاء حضانة النساء حكم بانتهاء الحضانة سواء كان يستطيع الاستغناء عن خدمة النساء أولا يستطيع ذلك لعته أو جنون أو غيرهما . البحر الرائق ج ٤ ص ١٨٦ ، وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٥٩ ، والتحرير المختار للرافعى ج ١ ص ٢٤٧

وإذا تجاوز الولد سن الحضانة وسلم إلى وليه ثم تبين أنه معتوه أو طرأ عليه العته أو الجنون وكان من مصلحته أن يكون عند الحاضنة أخذ من الولى وأعيد إلى حاضنته ثانياً ، لأن الرواية الظاهرة فى المذهب لم تحدد سناً معينة لانتهاء الحضانة وإنما المدار فى انتهائها على استغناء الولد عن خدمة النساء ، فإذا كان الولد لا يستغنى عن خدمة النساء حكم بإعادته إلى حاضنته ، أما تحديد بعض الفقهاء سناً معينة لانتهاء الحضانة فالغرض منه وضع معيار مادى لانتهاء هذه المرحلة لمنع النزاع والخلاف فى ذلك على اعتبار أن هذه السن يغلب فيها استغناء الطفل عن خدمة النساء فإذا بلغ الطفل السن المحددة لانتهاء الحضانة ولم يصل إلى درجة من الإدراك يستطيع معها الاستغناء عن خدمة النساء كان الواجب الرجوع إلى المناط فى ثبوت هذا الحق وهو الحاجة إلى خدمة النساء ، فيبقى هذا الحق ما بقيت هذه الحاجة ، فإذا زالت هذه الحاجة زال هذا الحق ، ولأن المقصود فى الحضانة أو الضم إلى الولى هو النظر إلى الولد ورعاية مصلحته ، وإذا كان فى حاله لا يستغنى فيها عن خدمة النساء كان من مصلحته أن يبقى عند حاضنته إلى أن يصل إلى درجة يستطيع الاستغناء عنها، وعلى هذا معظم أحكام محاكم الأحوال الشخصية ، من ذلك حكم محكمة طنطا الجزئية فى ١٩٣٢/٥/٥ والمؤيد استئنافياً « بأن الصغير إذا تجاوز سن الحضانة معتوهاً بقى عند حاضنته فإذا كان قد سلم لوليه أعيد إليها »[١] .

---

(١) مجلة المحاماة الشرعية س : ٤ ص ٦٩ ، وأيضاً حكم محكمة المنصورة الابتدائية فى ١٩٣٠/٣/٢٥ « بأن المعتوه يبقى عند الأم وإن تجاوز سن الحضانة ، وذلك لأن العته نوع من المرض ، والمعتوه لايستغنى عن الحاضنة بل يكون احتياجه لها أشد فالقول ببقائه مع الأم وإن تجاوز السن أقوى مدركا وأقرب موافقة لحكمة الحضانة المبنية على النظر للصغير فهو أولى بالاتباع (مجلة المحاماة س: ١ ص ٦٩٧)

ولم تأخذ بعض المحاكم(١) بهذا الرأى فقضت بانتهاء الحضانة متى جاوز الصغير أو الصغيرة أقصى سن الحضانة وهى التاسعة بالنسبة للصغير والحادية عشرة بالنسبة للصغيرة حتى ولو لم يستغن الصغير أو الصغيرة عن خدمة النساء بسبب الجنون أو العته أو المرض .

واستندت فى هذا الحكم إلى أن مجال الفسحة التقديرية التى ترك المشرع للقاضى إعمال نظره فيها بأن الصغير أو الصغيرة ما فتىء بحاجة إلى خدمة النساء محدودة ببلوغ الصغير سن التاسعة والصغيرة سن الحادية عشرة وبعدئذ ليس أمام القاضى من سبيل بعد تكامل هذه السن أو تلك فى إبقاء الصغير أو الصغيرة فى يد حاضنته ولو كانت أمه ، وتعين عليه إعمال نصوص القانون متى جاوز أحدهما أقصى سن الحضانة » .

ولكن يرد على ذلك بأن الفسحة التقديرية التى ترك المشرع للقاضى إعمال نظره فيها خاصة بالظروف العادية ، أما الظروف غير العادية فلم يتعرض لها القانون الذى أعطى للقاضى هذه الفسحة التقديرية ، وعلى هذا يكون العمل فيها وفقاً للرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة ، والراجح فى مذهب أبى حنيفة كما تقدم أن الصغير أو الصغيرة إذا لم يستغن عن خدمة النساء لجنون أو عته أو مرض بقى فى يد حاضنته ولو تجاوز سن الحضانة .

وبهذا أخذت لجنة الأحوال الشخصية غير أنها قصرت هذا الحق على الأم فنصت فى المادة (٢١٦) من مشروع القانون على أن « من جاوز حضانة النساء مريضاً أو معتوها ، أو مجنوناً جنوناً هادئاً ذكراً كان أو أنثى كانت أمه أولى

---

(١) حكم محكمة المنيا الابتدائية فى ١٩٥٦/٥/١٩ (المرجع جـ ١ ص ١٤٩)

بتمريضه وإمساكه ولو جاوز حد البلوغ ، وإذا لم توجد الأم وضعه القاضى عند من يراه أصلح لذلك وأقدر عليه » .

المرحلة الثانية وهى مرحلة الضم إلى الولى .

أما المرحلة الثانية وهى مرحلة ضم الولد إلى الولى على النفس فإنها تبدأ بانتهاء حضانة النساء ، وتنتهى بالبلوغ مع العقل والاستغناء عن الولى ، فإذا بلغ الولد السن التى تنتهى بها حضانة النساء ضم إلى الولى على النفس ، وهو ما نتكلم عليه فى الباب الآتى :

الباب الرابع

فى

الولاية

قدمنا فى فصل الولاية فى الزواج التى هى من أنواع الولاية على النفس معنى الولاية ، وأنها تنقسم إلى ولاية على النفس وولاية على المال ، فالولاية على النفس تكون بالقدرة على التصرفات التى تتعلق بالنفس كالصيانة والحفظ والتعليم والتزويج ، والولاية على المال تكون بالقدرة على التصرفات التى تتعلق بالمال كالبيع والإجارة والرهن وغيرها من التصرفات ، وسنتكلم عن كل ولاية منهما فى فصل على حدة فيما يأتى :

الفصل الأول

الولاية على النفس

من تثبت له الولاية على النفس :

تثبت الولاية على النفس — كما تقدم — للأم والجد وسائر الأقارب من العصبة المحارم ، فإن كان العاصب غير محرم للولد كابن العم ضم إليه الولد إن كان غلاماً ، ولا يضم إليه إن كان أنثى ، وللقاضى أن يبقيها لدى الحاضنة أو يختار لها شخصا أميناً ليضعها عنده .

وإذا لم يكن للطفل الذى انتهت مدة حضانته أحد من العصبة فللقاضى —

على ما استظهر ابن عابدين — أن يتركه عند الحاضنة إلا إذا رأى أن غيرها أصلح للولد منها(١)

وهولاء الأقارب مرتبون فيما بينهم على حسب ترتيبهم فى الميراث فأولاهم بهذه الولاية الابن وابن الابن وإن نزل ، ثم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق وأبناؤه وإن بعدوا ، ثم الأخ لأب وأبناؤه مهما بعدوا ، ثم العم الشقيق ثم العم لأب .

وإذا امتنع من له الحق فى الولاية على الولد من أخذه بعد انتهاء مدة الحضانة ولم يوجد من يحل محله أجبر على أخذه لأن ضم الصغير إلى الولى على النفس فى هذه المرحلة حق من حقوقه لاحتياجه إلى من يقوم بشئونه وإتمام تربيته التى ابتدأت بالحضانة وتوجيهه إلى ما فيه النفع فلا يملك من يثبت له هذا الحق التنازل عنه (٢) ولهذا لو خالعت المرأة زوجها على أن يبقى ابنه منها عندها إلى البلوغ صح الخلع ولم يصح هذا الشرط ، لأن فيه إبطالا لحق الصغير فى الضم إلى أبيه بعد زمن الحضانة ولا يملك أحد إبطاله ، وعلى ذلك قضت محكمة المحلة فى ١٨/١١/١٩٣٠ بأن تنازل أبى الصغير عن الحكم بضمه إليه بعد تجاوزه سن الحضانة غير صحيح شرعاً ، وأن بقاء الصغير عند أبيه بعد بلوغه سن الحضانة من حق الصغير شرعاً وأن حكم المحكمة بضم الصغير لأبيه هو المظهر الفعلى لحكم الشرع به » .

ووظيفة الولى على النفس هى رعاية الصغير وتأديبه وتعليمه ما يحتاج إليه من العلوم والمعارف ، ويجوز له أن يسلمه إلى من يعلمه صناعة يتكسب منها

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٥٧ .

(٢) المصدر المتقدم .

وينفق عليه من كسبه ، وإذا كان الطفل أنثى وجب عليه حمايتها وصيانتها ، ولا يجوز له أن يسلمها إلى من يعلمها صناعة تختلط فيها بالرجال ، لأن ذلك يخل بواجب حفظها وصيانتها ، ويجوز أن يسلمها إلى امرأة أمينة تعلمها ما يلزم المرأة من شئون المنزل وتدبيره .

وتنتهى هذه الولاية فى حق الغلام ببلوغه خمس عشرة سنة أو بظهور علامة من علامات البلوغ الطبيعية ، فإذا بلغ الغلام هذه السن أو ظهرت عليه علامة من علامات البلوغ الطبيعية وكان الغلام عاقلا مأموناً على نفسه انتهت هذه المرحلة ، وكان له الخيار بين الإقامة مع وليه أو الانفراد عنه فى السكنى ، أما إذا بلغ هذه السن ولم يكن عاقلا أو لم يكن مأموناً على نفسه فلا تنتهى هـذه المرحلة بل يبقى عند من له حق إمساكه إلى أن يصير مأموناً على نفسه[1] وتنتهى هـذه المرحلة فى حق الأنثى بزواجها فإن تزوجت صار حق إمساكها لزوجها، وإن لم تتزوج بقى هذا الحق إلى أن تصير مسنة مأمونة على نفسها فحينئذ يكون لها أن تنفرد بالسكنى أو تقيم مع أمها . ولم يحدد علماء الحنفية هـذه السن ، والذى يظهر من كلامهم ومن تعريف المسن فى كتب اللغة أن المرأة تـكون مسنة إذا صارت عجوزاً لا يرغب فيها الرجال ، فإذا بلغت هذه السن وكانت معروفة بالرأى والعفة لم يكن لأحد أن يجبرها على الإقامة معه[2] .

ولـكن القضاء جرى على أن الأنثى إذا بلغت سن الرشد ، وكانت مأمونة على نفسها ، ولا يخشى عليها الفتنة جاز لها الانفراد بالسكنى عن ولى النفس متى كان ذلك فى مصلحتها سواء كانت بكراً أم ثيبا .

---

(١) حاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ٦٥٩

(٢) المصدر المتقدم ص ٦٥٨ ، ٦٥٩

فقضت محكمة السيدة فى ٣٠ / ٧ / ١٩٣٤ برفض دعوى الأخ ضم أخته إليه لأنه ظهر لها كيدية الدعوى إذ ثبت أن المدعى عليها ناظرة لإحدى مدارس البنات ، قائمة بتعليم البنت وتربية الناشئات ، وتقويم الأخلاق بحكم وظيفتها ، ومن تكون كذلك تكون مأمونة على نفسها مستغنية عن رقابة عاصبها[1] .

وقضت محكمة إمبابة فى ٢٧ / ٥ / ١٩٥١ برفض دعوى رفعها أخ يطالب فيها ضم أخته الطالبة بكلية الآداب والتى تبلغ الثامنة عشرة من عمرها ، والتى تسكن مع خالتها التى كانت زوجة لأبيها ووصية عليها وعلى أخيها الذى يطالب ضمها إليه ، بدعوى أنه أمين عليها ، وهى غير مأمونة على نفسها ويخشى عليها ، وقد رأت المحكمة كيدية هذه الدعوى فرفضتها ، ومما جاء فى حيثيات هذا الحكم : أن المحكمة الحسبية أذنت لها بتسلمها أموالها للتصرف فيها ، لأنها قد بلغت من سعة الفكر وقوة الحجه ما جعلها تطمئن إليها فى تسلم أموالها تديرها بنفسها ، وقد نالت قسطاً وافراً وعرفت الفضيلة والرذيلة وإن لم تكن قد تجاوزت مرحلة الشباب بعد بحيث يصدق عليها قول الفقهاء إنها اجتمع لها رأى وعفة[2] .

كما قضت هذه المحكمة فى ٦/٢/١٩٣٤ برفض دعوى رفعها الأب يطلب فيها ضم ابنته البكر التى سنها الآن ٢٣ سنة ، والتى تقيم مع والدتها المقيمة مع خال البنت وهو رجل طيب ، والبنت عاجزة أى عمياء ، ومما جاء فى حيثيات هذا الحكم : أن المدعى قرر أن البنت سنها ٢٣ سنة فهى بالغة رشيدة وتقيم مع أمها وخالها اللذين أثنى عليهما المدعى ، ولم يطعن فيهما ، فليس هناك خوف الفتنة عليها ، ومثل هذه ليس لوليها أن يضمها إلى نفسه كرهاً عنها ، بل الظاهر أن هذا

---

(١) ص ٩٨٥ س : ٦ مجلة المحاماة الشرعية

(٢) ص ٣٨٣ س ٢٤ مجلة المحاماة الشرعية

المدعى لا يتجه نظره إلا إلى ضمها إليه ليمنعها من قبض النفقة التى فرضت لهـا عليه[١] .

وكذلك قضت محكمة السيدة فى ١٧/٥/١٩٥٤ برفض دعوى رفعها أخ يطلب فيها ضم أخته الشقيقة إليه ، وكانت سنها خمساً وثلاثين سنة ، وقالت فى حيثيات هذا الحكم : إنه تبين من مشاهدة المدعى عليها إنها برجل سليمة فقط ، وليست وسيمة ودخلت فى السن وتستطيع أن تدبر أمرها ، ولا يخشى عليها ، وقد اعترف المدعى أنها تقيم بعيداً عنه من سنة ، ولم يتقدم بطلب ضمها إلا بعد أن طالبته بنفقة مما دل على أن الدعوى كيدية ، ويتعين رفضها[٢] .

وما جرى عليه القضاء هو الذى اتجهت إليه لجنة الأحوال الشخصية فى مشروع القانون الذى وضعته ، فقد نصت فى الفقرة الثانية من المادة (٢٢١) على ما يأتى :-

« وتبقى الفتاه فى يد المولى المحرم إلا أن يثبت أنها تضار بالبقاء ، أو أنها مأمونة على نفسها فيجوز لها الانفراد أو الإقامة مع غيره من أهلها » .

شروط الولى على النفس :

ولا تثبت الولاية على النفس للقريب العاصب إلا إذا توافرت فيه شروط مخصوصة ، وهـذه الشروط هى نفس الشروط التى سبق بيانها فيمن تثبت له الحضانة ، وهى : البلوغ والعقل والقدرة على تربية الولد والقيام بشئونه ، والأمانة على أخلاق الولد ، واتحاد الدين بين الولى والمولى عليه فإذا كان القريب العاصب لا يؤتمن على الولد فى نفسه ودينه بأن كان فاسقاً ماجناً لا يبالى

(١) مجلة المحاماة الشرعية س : ٦ ص ٧٧٠

(٢) مجلة المحاماة الشرعية س : ٢٥ ص ١١٢

بما يفعل لا يكون له حق ضمه إليه ، وينتقل هذا الحق إلى من يليه من الأولياء لأنه يخشى على الصغير فى هذه الحالة أن يتخلق بأخلاقه فينشأ فاسقاً ما جنا مثله وكذلك لو كان مهملا للولد كأن يتركه مريضاً دون أو يحاول علاجه مع قدرته عليه ، أو كان يحرمه من التعليم مع صلاحية الولد له فإنه لا يكون أهلا للولاية عليه ، لأن هذه الولاية إنما شرعت لمصلحة الصغير وليس من مصلحة الصغير أن يترك بدون علاج أو تعليم ، وعلى هـذا تسير أحكام المحـاكم فقد قضت محكمة الإسكندرية فى ٢١ / ٥ / ١٩٣٢ بأن الأب المعسر الذى لا صناعة له والذى سبق الحـكم عليه بالحبس لإحرازه مخدرات غير مرة يكون فاسداً غير مأمون على ابنه الصغير فلا يدفع إليه ، لأن الغرض من ضم الصغير إلى عاصبه عند بلوغ السن التى ينزع فيها من الأم هو أن يتخلق بأخلاقه ويتأدب بآدابه ، فإذا ما كان العاصب فاسداً انتفى الغرض من الضم ، وكانت مصلحة الصغير فى عدم ضمه إليه لا فرق فى ذلك بين الأب وغيره ، إذ المدار فى ضم الصغير على دفع الضرر عنه ومراعاة منفعته (١) .

كما قضت محكمة المنيا فى ١٩ / ٥ / ١٩٥٤ بأن الأب إذا سلك طريق الأشرار وصاحبهم وأتلف ماله بطرق غير مشروعة وأهمل مصالح أولاده كان غير أمين عليهم ويسقط حقه فى ضمهم إليه ، وانتقل الحق إلى من يليه من الأولياء على ترتيب الميراث شرعاً (٢) .

---

(١) مجلة المحاماة الشرعية س : ٤ ص ٦٣٩ .

(٢) المصدر المتقدم س : ٢٤ ص ٢٦٨ ، وينظر فى هـذا أيضاً حكم محكمة عابدين فى ٢٦ / ١٠ / ١٩٣٥ المنشور فى مجلة المحاماة الشرعية س : ٧ ص ٢٢٧ .

سلب الولاية على النفس أو الحد منها قانوناً

ما ذكرناه سابقاً هو حكم الولاية على النفس فى الفقه الإسلامى على رأى الحنفية وهو ما كانت تسير عليه محاكم الأحوال الشخصية تطبيقاً للمادة (٢٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ، ثم صدر القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات لسلب الولاية على النفس زيادة على الحالات التى ذكرناها ، وهذه الحالات التى قررها القانون نوعان :

النوع الأول : حالات يتحتم فيها سلب الولاية وسقوط كل ما يترتب عليها من حقوق .

والنوع الثانى : حالات لا يتحتم فيها الحكم بسلب الولاية وسقوط كل مايترتب عليها من حقوق بل يجوز أن يحكم بسلبها ويجوز أن يكتفى بالحكم بإيقاف كل أو بعض حقوق الولاية ، كما يجوز أن يكون الحكم بسلب الولاية وإيقاف كل أو بعض حقوقها بالنسبة إلى كل من تشملهم الولاية أو بعضهم .

أما الحالات التى يتحتم فيها سلب الولاية وسقوط كل ما يترتب عليها من حقوق فهى :

١ — أن يحكم على الولى لجريمة الاغتصاب أو هتك العرض أو لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة إذا وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية .

٢ — أن يحكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من هم تحت ولايته أو يحكم عليه لجناية وقعت من أحد منهم .

٣ — أن يحكم عليه أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه فى قانون مكافحة الدعارة.

ومن الواضح أن اشتراط الحكم على الولى أكثر من مرة فى هذه الحالة إنما هو فيما إذا كانت الجريمة على غير من هم تحت ولايته، أما لو وقعت الجريمة على أحد ممن تشملهم الولاية فيكفى لسلب الولاية أن يحكم عليه مرة واحدة.

والحكم بسلب الولاية فى هذه الحالات إنما هو لعدم أهلية الشخص لها ومن ثم فإن الحكم عليه بسلب ولايته عن أحد ممن هم تحت ولايته يترتب عليه سلب ولايته عن كل من تشملهم ولايته من الصغار الآخرين ، وذلك فيما عدا الحكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد ممن هم تحت ولايته أو لجناية وقعت من أحد منهم ، فإنه إذا كان تحت ولايته صغار من فروعه غير من حكم عليه بسببهم لا تسلب ولايته بالنسبة إليهم ، لأن انعدام الشفقة على غير الفروع لا يدل حتما على انعدامها بالنسبة للفروع لكن إذا دلت ظروف الواقعة التى أدت إلى الحكم على الولى على شدة قسوته أو انعدام رعايته مما يقتضى عدم صلاحيته للولاية على فروعه فللمحكمة أن تأمر بسلب ولايته بالنسبة إلى فروعه أيضاً.

وأما الحالات التى لا يتحتم فيها الحكم بسلب الولاية بل يجوز أن يكتفى بالحد منها فهى :

١ — أن يحكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، والحكمة فى هذا واضحة ، فإن الولى إذا حكم عليه بذلك لن يتمكن من الإشراف على من تشمله ولايته ولا رعاية مصالحه فلا يكون هناك فائدة للصغير من بقائه تحت ولايته

---

(١) مادة (٢) من القانون المذكور.

٢ — أن يحكم عليه لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه قانون مكافحة الدعارة إذا لم تكن الجريمة قد وقعت على أحد ممن تشملهم ولايته، وكان هذا الحكم لأول مرة .

٣ — أن يحكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو الاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد ممن تشملهم الولاية .

٤ — أن يحكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية داراً من دور الاستصلاح وفقاً للمادة (١٦٧) من قانون العقوبات أو طبقاً لنصوص قانون الأحداث المتشردين .

٥ — أن يعرض الولى للخطر صحة أحد ممن تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أوالتوجيه ولا يشترط فى هذه الحالة أن يصدر حكم بسبب تلك الأفعال(١) .

وفى كل من الحالتين الرابعة والخامسة يجوز للمحكمة بدلا من الحكم بسلب الولاية أو وقفها أن تعهد إلى وزارة الشئون الاجتماعية بالإشراف على تربية الصغير أو تعليمه إذا رأت فى ذلك مصلحة له ، وللوزارة المذكورة أن تفوض فى ذلك أحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض .

وإذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بالصغير إلى من يلى المحكوم عليه فيها قانوناً فإن امتنع أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية لذلك جاز للمحكمة أن تعهد بالصغير إلى أى شخص آخر ولو لم يكن قريباً له متى كان معروفاً

---

(١) مادة (٣) من القانون المذكور .

بحسن السمعة وصالحاً للقيام على تربيته ، أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض ، وفى هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت إليه بالصغير بمباشرة كل أو بعض حقوق الولاية .

وإذا قضت المحكمة بالحد من الولاية فوضت مباشرة الحقوق التى حرمت الولى منها إلى أحد الأقارب أو إلى أى شخص مؤتمن أو إلى معهد أو مؤسسة اجتماعية على حسب ما تقتضيه مصلحة الصغير[١] .

هذه هى الحالات التى تسلب فيها الولاية على ما جاء فى القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ ، وهى لا تخرج عما جاء فى مذهب أبى حنيفة ، وعما قضت به محاكم الأحوال الشخصية ، وكل ما هناك أنها تفصيل لحالات عدم الأمانة التى تقتضى سلب الولاية ، وبيان ما يوجب سلبها أو الحد منها وما يجيز ذلك ، وهو تفصيل حسن تستدعيه الحياة العملية .

الفصل الثانى

الولاية على المال

إذا كان للصغير مال احتاج إلى من يقوم بحفظه وصيانته واستثماره ، وهو ما يسمى فى الفقه بـ « الولى على المال » وتثبت هذه الولاية عند الحنفية أولا للأب ثم لوصيه ثم لوصى وصيه ، ثم للجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا ثم لوصيه ثم لوصى وصيه ، ثم للقاضى ثم لوصى القاضى ، وهو من يعينه القاضى

---

(١) مادة (٥) من القانون المذكور .

وصياً (١) ، وقد حل محل القاضى الآن المحاكم الحسبية .

وعند المالكية والحنابلة تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه ووصى وصيه وهكذا ، ثم للحاكم أو جماعة المسلمين ثم لمن يقيمه الحاكم ويسميه المالكية المقدم (٢) .

وعند الشافعية تثبت الولاية للأب ثم للجد ، ثم لوصى من تأخر موته منهما ثم للحاكم ثم لمن يقيمه الحاكم (٣) .

ومن هذه الآراء يتضح أن الأب مقدم فى هذه الولاية على غيره باتفاق الفقهاء ، لأن الولاية إنما تثبت على الصغار نظراً لمصلحتهم ، فإنهم لما كانوا عاجزين عن التصرف بأنفسهم كان من الضرورى أن يتولى أمورهم أشخاص آخرون ينوبون عنهم فى تصرفاتهم ، وقد راعى الشارع فى هؤلاء الأشخاص أن يكونوا مدفوعين بعوامل العطف والرحمة والشفقة إلى إحسان التصرف فى شئون هؤلاء العاجزين ، فمن كانت شفقته أعظم وعطفه أوفر قدم على غيره ، ومن هنا جاء تقديم الأب على غيره ، لأنه أقرب الناس إلى أولاده ، وشفقته فوق شفقة الكل ، وبعد الأب تكون الولاية لمن يختاره وصياً على أولاده عند الحنفية والمالكية والحنابلة فهو مقدم على الجد عندهم ، لأن اختيار الأب له مع وجود الجد دليل على أن الأب يرى الوصى أصلح من الجد ، وأنه يريد أن ينيبه عنه ، ولما كان الأب مقدماً على الجد فكذلك من ينوب عنه ويقوم مقامه (٤)

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٢٢٠ ، البدائع جـ ٥ ص ١٥٥ ، جامع الفصولين جـ ١ ص ١٢ . (٢) حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٢٥٦ .

(٣) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ١٠٣ — ١٠٥ .

(٤) البدائع جـ ٥ ص ١٠٥ والهداية والعناية جـ ٨ ص ٥٠١ .

وقد خالف الشافعية فى هذا فقدموا الجد على الوصى لأن الجد عندهم ينزل منزلة الأب عند عدمه لوفور شفقته مثل الأب ، ولذلك تثبت له الولاية فى التزويج فتثبت له الولاية فى المال أيضا .

وبعد وصى الأب تكون الولاية للجد عند الحنفية ، لأنه أقرب الناس إلى الصغار وأصلحهم للقيام بشئونهم بعد الأب ، وعند المالكية والحنابلة لا تثبت الولاية للجد أصلا ، لأنه لا يدلى إلى الصغير بنفسه وإنما يدلى إليه بالأب فلا تكون له الولاية على مال الصغير كالأخ .

ثم تنتقل الولاية بعد الجد إلى وصيه عند الحنفية والشافعية ثم تنتهى بالقاضى عند جميع الأئمة لأنه ولى من لا ولى له ، والقاضى لا يلى أمور القاصرين بنفسه ولكنه يكل أمورهم إلى من يعينهم من الأوصياء .

ولا تثبت الولاية على المال لغير هؤلاء مهما قربت درجة قرابته من القاصر فالأم والأخ والعم وغيرهم لا ولاية لواحد منهم على مال القاصر إلا بوصاية ، فلو أوصى الأب إلى الأم أو أقامها القاضى وصيا على أولادها صح ذلك وكانت لها الولاية على المال بصفتها وصيا مختارة من قبل الأب أو وصيا معينة من قبل القاضى لا بصفتها أما ، ومثل الأم فى هذا سائر الأقارب من العصبات النسبية وغيرها .

المعمول به الآن :

والذى يجرى عليه العمل الآن فى المحاكم الحسبية أن الولاية تثبت للأب ثم لوصيه ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً ثم لمن تعينه المحكمة وصياً .

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام

الولاية على المال على أن « للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا الولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن من المحكمة » ونصت المادة « ٢٩ » منه على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً » .

ومن هذا النص يتبين أن القانون يوافق مذهب الحنفية فى إثبات الولاية للجد الصحيح ، وجعل ولايته بعد ولاية وصى الأب ، ولكنه قصر حق إقامة الوصى على الأب والمحكمة ، أما الجد ووصيه ووصى الأب فليس لهم إقامة الوصى فهو بذلك قد أسقط وصى الوصى للأب ، ووصى الجد من الأولياء اللذين اعتبرهما الحنفية . وإسقاط وصى وصى الأب يتفق مع مذهب الشافعية وإسقاط وصى الجد يتفق مع مذهب المالكية ، لأنهم لا يجعلون للجد ولاية على المال فضلا عن وصيه .

وفى المادة الأولى من هذا القانون النص على أن هذه الولاية إلزامية لايجوز للولى أن يتنحى عنها إلا بإذن من المحكمة . والحكمة فى هذا مراعاة مصلحة المولى عليه حتى تتخذ المحكمة فى هذه الحالة من الإجراءات ما يكفل مصالح من تشمله الولاية .

شروط الولى على المال :

يشترط الفقهاء لثبوت الولاية على المال ما يأتى :

١ — أن يكون كامل الأهلية أى عاقلا بالغا حراً ، لأن من فقد وصفا من هذه الأوصاف كان فاقد الأهلية أو ناقصها فلا يكون أهلا الولاية على مال نفسه ، وإذا لم يكن أهلا للولاية على مال نفسه لا يكون أهلا للولاية على مال

غيره بالطريق الآلى ، لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة .

٢ — ألا يكون سفيها يخشى على مال القاصر منه فلو كان سفيها محجوراً عليه بالفعل للسفه فالأمر واضح لأنه لا يلى أمور نفسه فأولى ألا يلى أمور غيره ، وإن لم يكن محجوراً عليه ولكنه سيفه مبذر يخشى على مال الصغير منه لا تكون له الولاية أيضاً فقد جاء فى الدر « أن الولد إذا كان له كسب وكان أبوه مبذراً يخشى منه إتلاف كسب الابن دفع كسب الابن إلى أمين . »(١) وفى كتاب جامع أحكام الصغار « إن الابن إذا آل إليه ميراث من أقاربه مثلا وأبوه حى موجود ، فلو كان أبوه مبذراً ومستحقا للحجر عليه على رأى من يرى الحجر لا تثبت الولاية لهذا الأب مطلقاً » .

٣ — أن يكون متحدا مع الصغير فى الدين ، فلو كان الأب غير مسلم وأولاده مسلمون « كأن تسلم أمهم وهم صغار وبقى هو على دينه فاعتبروا مسلمين تبعاً لها » لا تثبت الولاية له عليهم(٢) .

وقد نصت المادة الثانية من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه « لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » .

حكم عقود الولى وتصرفاته:

القاعدة العامة فى عقود الولى وتصرفاته أن الولى مقيد فى تصرفه بالنظر والمصلحة للمولى عليه ، وعلى هذا لا يكون للولى سلطة فى مباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضا كهبة شىء من مال المولى عليه أو التصدق به أو البيع

---

(١) الدر وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٥٩ . (٢) البدائع جـ ٥ ص ١٥٣

والشراء بغبن فاحش ؛ فإذا باشر الولى تصرفا من هـذه التصرفات كانت باطلة لا تقبل الإجازة من أحد ، ويـكون له سلطة فى مباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والصدقة والوصية والـكفالة للمال ، ومثل هـذا التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار والقسمة والشركة فإن الولى له أن يباشرها إلا إذا ترتب عليها ضرر ظاهر فإنها لا تـكون صحيحة .

هذا مجمل القول فى عقود الولى وتصرفاته ، أما تفصيل القول فى تصرفات كل واحد منهم وبيان ما يجوز منها وما لا يجوز فهو كما يأتى :

الأب وتصرفاته :

الآباء ليسوا كلهم فى حـكم واحد بالنسبة للتصرف فى أموال أولادهم بل هم مختلفون بحسب صفاتهم ، وهم بهذا الاعتبار أربعة أنواع :

ا — أب معروف بالتبذير والإسراف وعدم الأمانة على المال ؛ وهـذا لا ولاية له على مال أولاده وليس له أن يتصرف فيها أصلا ، بل ينزع القاضى المال من يده ، ويسلمه إلى وصى يختاره ليتصرف فيه بما يعود على الصغار بالنفع .

ب — أب معروف بسوء التدبير وفساد الرأى واـكنه أمين ، وهذا تثبت له الولاية على مال أولاده الصغار ومن فى حكمهم ، لأن فساد الرأى وسوء التدبير لا ينقص شيئاً من شفقة الأب وعطفه على أولاده ما دام لم يظهر منـه إضرار بأموالهم فلا وجه لسلب ولايته فى هـذه الحالة إلا أنه نظراً لسوء تدبيره وفساد رأيه اشترط لصحة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر كالبيع ونحوه أن يـكون فيها منفعة ظاهرة لمن فى ولايته ، وفسر بعض العلماء المنفعة الظاهرة فى العقار ببيعه بضعف قيمته ، وبشرائه بنصف قيمته ، وفى المنقول ببيعه بزيادة تساوى نصف قيمته وبشرائه بنقص يساوى ثلث قيمته كأن يشترى ما يساوى خمسة عشر

جنيهاً بعشرة ، وفسرها بعضهم بما يكون فيه خير للمولى عليه من غير تقييد بالضعف ولا بالثلث ، وبلا تفرقة بين العقار والمنقول ، ولكن الفتوى على التفسير الأول .

ح — أب مستور الحال لم يعرف منه سوء الاختيار ولا فساد الرأى .

ى — أب معروف بحسن الرأى والتدبير ، وهذا الأب والذى قبله تثبت له الولاية التامة على أموال أولاده الصغار ومن فى حكمهم ولو كانوا فى حضانة غيره .

والقاعدة العامة فى تصرفات الأب المعروف بحسن الرأى والتدبير والمستور الحال : أنه يملك جميع التصرفات التى يكون فيها حفظ لمال المولى عليه وتنميته واستثماره ، سواء كان المال منقولا أم عقاراً ، وتكون جميع تصرفاته صحيحة نافذة إلا ما كان منها ظاهر الضرر ، ولا يشترط فى تصرفاته أن تكون منفعتها ظاهرة ، كما فى الأب المعروف بفساد الرأى وسوء التدبير لأنه لحسن تدبيره وإصالة رأيه لا يقدم على عمل إلا إذا نظر فى عاقبته .

وبناء على هذا أجاز فقهاء الحنفية للأب أن يبيع من أموال أولاده الصغار ومن فى حكمهم وأن يشترى لهم سواء كان ما يبيعه أو يشتريه من المنقولات أو العقارات ما دام البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير ، وهو ما يتغابن فيه الناس عادة ، ويكون شراؤه صحيحاً ، وليس لأحد نقضه لا القاضى ولا الصغير إذا بلغ ، لصدوره عن ولاية تامة ، ولعدم وجود ما يوجب نقضه ، أما فى حالة البيع والشراء بمثل القيمة فالأمر ظاهر ، وأما فى حالة البيع والشراء بالغبن اليسير فلأنه لابد من حصوله فى المعاملات المالية فإذا لم يغتفر أدى ذلك إلى سد باب التصرفات .

أما إذا كان البيع أو الشراء بغبن فاحش ، وهو مالا يتغابن فيه الناس عادة فإن العقد لا يكون صحيحاً غير أنه فى حالة الشراء ينفذ العقد على الولى ، لأنه وجد نفاذاً على العاقد فينفذ عليه ، بخلاف البيع فإنه لا يجد نفاذاً ، لأن فى نفاذه تمليك مال الولد للغير ، ولا يملك الولى ذلك ما دام العقد ظاهر الضرر [١] .

وهذا على الرأى المفتى به فى مذهب الحنفية ، وهناك رأى فى المذهب يقول : إن الأب لا يجوز له أن يبيع العقار إلا بمسوغ شرعى كأن يكون الصغير فى حاجة إلى ثمنه [٢] .

كما أجازوا له أن يبيع مال نفسه لولده الصغير ومن فى حكمه وأن يشترى مال ولده لنفسه إذا كان البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بالغبن اليسير ، وفى هذه الحالة يتولى الأب طرفى العقد وتكون عبارته قائمة مقام الإيجاب والقبول ، ففى حالة البيع يتم العقد بمجرد قول الأب : بعت هذا المال لولدى ، وفى حالة الشراء يتم العقد بمجرد قول الأب : اشتريت ، وهذا استثناء من القاعدة العامة التى تمنع أن يتولى الواحد طرفى العقد فى العقود المالية ، وسبب هذا الاستثناء أن الأب لوفور شفقته لا يقدم على ما يكون فيه ضرر لولده ، وربما كان فى العقد الذى يتولاه مصلحة وإيثار للصغير [٣] .

ولم يجيزوا للأب ولو كان حسن الرأى والتدبير أن يهب شيئاً من مال الصغير ومن فى حكمه ، ولا أن يتصدق ولا أن يوصى بشىء من ماله ، ولا أن

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ١٥٣

(٢) أحكام الصغار جـ ١ ص ١٩٢

(٣) تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٢٢١

يتبرع به ولو كان التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى . لأنها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا يملكها الولى ولو كان أباً .

وكذلك لم يجيزوا له أن يقرض مال الصغير للغير ولا أن يقترض لنفسه ، لما فى إقراضه من تعطيل المال عن الاستثمار ، والولى مأمور بتنميته بقدر الإمكان .

واختلفوا فى جواز رهن مال الصغير فى دين على الأب ، فقال أبو حنيفة ومحمد : يجوز للأب أن يرهن شيئاً من مال ولده فى دين نفسه وقال أبو يوسف وزفر : لا يجوز للأب أن يرهن شيئاً من مال الصغير فى دين نفسه .

ووجه القول الأول : أن الأب يملك إيداع مال ولده ، والرهن أنظر من الإيداع لأن الرهن إن هلك كان مضموناً على المرتهن بالأقل من القيمة والدين ، والوديعة لو هلكت لا يضمنها المودع ، فيملكه الأب بالطريق الأولى .

ووجه القول الثانى : أن الرهن يؤدى إلى إيفاء الأب دينه من مال الصغير ، وهو ضرر محض بالصغير فلا يجوز ، ولأن الرهن فيه تعطيل لمنفعة المال إذ يبقى محبوساً إلى أن يسدد الدين ، وربما طال الزمن لعدم قدرة الأب على السداد ، بخلاف الإيداع فإن الأب يملك استرداد الوديعة فى أى وقت ، ويقول علماء الحنفية : إن قول أبى يوسف وزفر هو القياس ، وقول أبى حنيفة ومحمد استحسان ومعنى هذا أن الفتوى على قول أبى حنيفه ومحمد دون قول أبى يوسف وزفر لأن الاستحسان راجح على القياس إلا فى مسائل مخصوصة ليست هذه منها(١) ولكن لا يخفى وجاهة قول أبى يوسف وزفر وقوة حجتهما .

---

(٢) البدائع حـ ٦ صـ ١٣٥ ، تبيين الحقائق حـ ٦ صـ ٧٢ ، الهداية والعناية حـ ٨ صـ ٢٠٩

تصرفات الأب فى القانون الذى يجرى عليه العمل الآن .

تعرض القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ لتصرفات الولى على المال فى المواد من ٤ إلى ١٤ فبينت المادة الرابعة الأحكام الخاصة بواجبات الولى وسلطته ، ومؤداها أن الولى يقوم برعاية أموال القاصر وأن له — نظراً لافتراض وفرة الشفقة — إدارة هذه الأموال والتصرفات فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى القانون(١) .

وتضمنت المواد الأخرى القيود التى فرضها المشرع على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر وإدارته ، وأبقى ماعدا ذلك مباحاً اتباعاً لأحكام الشريعة الإسلامية(٢) .

فتضمنت المادة الخامسة حكما عاماً فى شأن التبرعات فقضت بمنع الولى من التبرع بشىء من مال القاصر ، ولكنها استثنت من ذلك التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى ، واشترطت لصحة هذا التبرع إذن المحكمة ٣) فإذا تبرع الولى بغير إذن المحكمة كان تبرعه باطلا وألزم بدفع ما تبرع به من ماله الخاص وللمحكمة مطلق الحرية فى تقدير ظروف التبرع والدافع إليه ، وتقدير مال الصغير وما إذا كان يتحمل التبرع أم لا . وما قررته هذه المادة يتفق مع ما نص عليه فقهاء الحنفية من منع الولى من التبرع بشىء من مال القاصر ولكنه يختلف معه فى هذا الاستثناء ، والذى دعا المشرع إلى هذا الاستثناء أنه وجد أن إنفاق المال

---

(١) ونص هذه المادة « يقوم الولى على رعاية أموال القاصر ، وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون » .

(٢) المذكرة الإيضاحية لهذا القانون .

(٣) ونص هذه المادة « لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لاداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة » .

فى سبيل المصالح الاجتماعية كإنشاء ملجأ أو مستشفى أو الواجبات العائلية كتقديم هدية لمتزوج أو مواساة مريض أو معوز لا يعد من الإتلاف للمال طالما كان المقصود به خدمة المجتمع أو الأسرة .

ومنع الولى من التبرع بشىء من مال القاصر يتفق مع المنصوص عليه فى مذهب الحنفية كما قدمنا ، أما إجازة التبرع بشىء من ماله لأداء واجب إنسانى أو عائلى بعد استئذان المحكمة فلا يتفق مع مذهب الحنفية ولكنه يتفق مع مذهب الأئمة الثلاثة فإنهم يوجبون الزكاة فى مال القاصر فيمكن أن يعتبر ذلك التبرع على هذا الوجه(١) .

وتضمنت المادة السادسة منع الولى من التصرف فى عقار الصغير ببيع أو إجارة لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا إذا أذنت المحكمة بذلك(٢) .

وغرض المشرع من هذا التقييد هو رعاية مصلحة الصغير لاحتمال أن يكون فى التصرف محاباة لأحد هؤلاء الأقارب فإذا توقف التصرف على الإذن من المحكمة كان فى ذلك ضمان لانتفاء المحاباة وتحقق من عدالة المقابل .

كما تضمنت هذه المادة أيضاً منع الولى من رهن مال الصغير فى دين على الولى نفسه ، لأن الرهن غالباً ما يفضى إلى استيفاء الدين من المال المرهون ، وفى إباحة الرهن ما ييسر للأب الالتجاء إليه كلما وقع فى ضيق مالى ، فكان من المصلحة أن يجنب الصغير هذا الخطر .

---

(١) الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبو زهرة ص ٤٧٤

(٢) ونص هذه المادة « لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه » .

وما جاء فى هذه المادة لا يخرج عن الآراء الواردة فى فقه الحنفية ، فقد رأينا أبا يوسف وزفر لا يجيزان للأب أن يرهن مال ولده فى دين نفسه ، وجاء فى كتاب جامع أحكام الصغار[1] « أن الأب أو الوصى إذا باع عقار اليتيم فرأى القاضى أن نقض البيع أصلح للصغير كان له نقضه » وهذا يفيد أن للقاضى أن يتدخل إذا تبين أن التصرف ليس فى مصلحة القاصر ، وفى بيع الولى مال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما تهمة تستوجب أخذ الإذن من المحكمة قبل الإقدام عليه للتحقق من انتفاء هذه التهمة ، والشريعة لا تجيز التصرفات التى يكون احتمال التهمة فيها قائماً ، ولهذا منعت شهادة الوالد لولده وشهادة الزوج لزوجته وبالعكس .

ونصت المادة السابعة على منع الأب من التصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يجعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة .

والمقصود من هذا تدبير إجراء وقائى ، وتوفير أكبر قسط من الضمانات لرعاية مصالح المشمولين بالولاية ، وهذا لا تأباه الشريعة الإسلامية التى تحيط القاصر بكل ضروب الحياطة ، ونهت عن قربان ماله إلا بالتى هى أحسن .

ونصت المادة التاسعة على منع الولى من إقراض مال الصغير واقتراضه إلا بإذن من المحكمة حتى تتحقق من أن الإقراض لن يضر مال القاصر أو يعرضه للضياع .

ونصت المادة العاشرة على منع الولى من تأجير عقار القاصر لمدة تتجاوز

---

(١) ج ١ ص ١٩٢

بلوغه سن الرشد إلا بإذن المحكمة باعتبار أن الولاية تنقضى ببلوغ القاصر هذه السن .

ونصت المادة الحادية عشرة على منع الولى من الاستمرار فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن المحكمة وفى حدود هذا الإذن ، وهذا النص كما تقول المذكرة الإيضاحية مستمد من بعض التقنينات الأجنبية ، وقد روعى فى الأخذ به ما للاستمرار فى التجارة من أهمية بالنسبة إلى مسئولية القاصر فى ماله ، وما ينبغى أن يتوافر فى الولى الذى يؤذن له بالاستمرار من خبرة خاصة فى هذا الشأن ، وهذا أيضاً أمر لا تأباه روح الشريعة الإسلامية .

وقد أجازت المادة الرابعة عشرة للأب وحده أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك[١] . وبمقتضى هذه المادة يكون للأب حق التعاقد مع نفسه باسم القاصر فيما عدا الاستثناءات التى ينص عليها هذا القانون أو التى ينص عليها قانون آخر ، ولا تسرى عليه أحكام المادة (١٠٨) من القانون المدنى الخاصة بمنع الشخص من التعاقد مع نفسه ، وتقول المذكرة الإيضاحية إن المشرع قد رأى فى ذلك الإبقاء على المبدأ الذى تقرره الشريعة الإسلامية، ولاسيما أن افتراض وفرة الشفقة فى الأب يشفع فى إعفاء الأب من القواعد العامة المتعلقة بهذا المنع.

وهناك مسألة نص عليها القانون فى المادة الثالثة تحسن الإشارة إليها ، وهى أن هذه المادة قضت بإخراج ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع من نطاق الولاية ، متى اشترط المتبرع ذلك[٢] فلو أوصت الأم المختلفة مع الأب مثلا

---

(١) ونص هذه المادة « للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك » .

(٢) ونص هذه المادة « لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك » .

لولدها ، واشترطت ألا يتولى أبوه أمر ذلك المال الذى أوصت به فإن هذا المال لا يدخل تحت ولاية الأب ويجوز للمتبرع فى هذه الحالة أن يختار الوصى الخاص بالمال الذى تبرع به ، ويجب أن يعرض هذا الاختيار على المحكمة (مادة ٥٨) أما إذا اكتفى المتبرع بأن اشترط ألا يتولى الولى أو الوصى العام إدارة هذا المال الذى تبرع به ولم يختر وصياً خاصاًفإن المحكمة هى التى تعين الوصى الخاص لإدارة هذا المال الذى آل إلى القاصر بطريق التبرع ؛ ولا تتعدى وصايته هذه الحدود .

ومن الواضح أن هذا الحكم يتفق مع إرادة المتبرع فقد يرى أن يجعل المال الذى تبرع به بمنأى عن ولاية الولى لاعتبارات خاصة ،وليس من المصلحة أن تفرض سلطة الولى على نحو قد يحرم الصغير من تلقى التبرعات ، ومقتضى مذهب الحنفية أن هذا الشرط غير صحيح ، والشرط غير الصحيح لا يؤثر عندهم فى عقود التبرعات فيصح العقد ويلغو الشرط ، ولكن الحنابلة يصححون مثل هذا الشرط ولا يحكمون بإلغائه ومن ثم لا يكون هذا الحكم خارجا عن نطاق الفقه الإسلامى .

وصى الأب وتصرفاته

وصى الأب هو من يقيمه الأب خليفة عنه فى الولاية على أولاده القصر بعد وفاته ، ويسمى الوصى المختار ، وتكون إقامة الوصى المختار بعقد الإيصاء[1] ويتم هذا العقد بإيجاب من الموصى وقبول من الوصى ، ولا يشترط فى كل من

---

(١) الإيصاء والوصية فى اللغة بمعنى واحد ، يقال : أوصى فلان إلى فلان بكذا وأوصى له بكذا بمعنى عهد إليه ، ولكن الفقهاء يفرقون بينهما ، فيقولون : إن أوصى فلان إلى فلان بكذا معناه عهد إليه بالاشراف على شئون أولاده من بعده ، وأوصى فلان لفلان بكذا معناه تبرع له وملكه مالا بعد وفاته (نهاية المحتاج حـ ٦ ص ٣٩ ، ٩٧ حاشية ابن عابدين حـ ٥ ص ٤٢٨) .

الإيجاب والقبول أن يكون بألفاظ مخصوصة بل يصح بكل لفظ يدل على تفويض الأمر إلى الوصى بعد موت الموصى ، مثل جعلت فلانا وصيا ، أو عهدت إليه بمال أولادى بعد وفاتى ، وما أشبه ذلك .

ولا يشترط فى القبول أن يكون فى مجلس الإيجاب ، بل يمتد زمنه إلى ما بعد موت الموصى ، لأن أثر عقد الإيصاء إنما يظهر بعد موت الموصى ، فكان القبول ممتداً الى ما بعده .

وقد اشترط القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ لتعيين الوصى المختار أن يكون الاختيار ثابتاً بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو بورقة مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه حسما للمنازعات الخاصة بالإثبات ، ولا يصير الوصى المختار وصياً فى نظر القانون إلا إذا أقرته المحكمة ، فإذا تبين للمحكمة أن الوصى الذى اختاره الأب صالح لأن يكون وصياً لتوافر الشروط الواجب توافرها فى الوصى قررت تثبيت وصايته ، وإذا تبين للمحكمة أنه غير صالح لأن يكون وصياً لعدم توافر الشروط الواجب توافرها فى الوصى اعتبر هذا الاختيار كأن لم يكن ، وفى هذه الحالة تعين المحكمة وصياً بدل الوصى المختار (مادة ٢٨)(١) .

شروط الوصى :

ويشترط فى الوصى سواء كان وصياً مختاراً أو وصياً معينا من قبل القاضى أن يكون كامل الأهلية وأن يكون عدلا أميناً قادراً على إدارة شئون من له

---

(١) ونصها «يجوز للأب أن يقيم وصيا مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع فى الحالة المنصوص عليها فى المادة (٣) ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه ، ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية فى أى وقت أن يعدلا عن اختيارهما وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها » .

الوصاية عليه ، وأن يكون متحداً مع من له الوصاية عليه فى الدين ، فلا يصح الإيصاء للصغير والمجنون والمعتوه ومن لا يحسن التصرف ، لأنه لا ولاية لواحد من هؤلاء على ماله فلا يكون لهم حق التصرف فى مال غيرهم ، وكذلك لا يصح الإيصاء لمن يكون مخالفاً للقاصر فى الدين ، لأن الاتفاق فى الدين باعث على العناية بالقاصر والاهتمام بأمره والاختلاف فى الدين باعث فى الغالب على ترك النظر فى صالح من يخالفه فى دينه .

والعبرة فى استيفاء هذه الشروط بعد وفاة الموصى ، لأن هذا الوقت هو وقت تنفيذ الإيصاء فيكون هو المعتبر دون غيره ، فإن لم يكن الموصى مستوفياً لهذه الشروط عند الوفاة عين القاضى غيره ، وإن كان مستوفياً لهذه الشروط عند الوفاة صحت إقامته سواء كان رجلا أم امرأة وارثاً أم غير وارث ، قريباً أو أجنبياً .

شروط الوصى فى القانون

ما تقدم هى الشروط التى يشترطها الفقهاء فى الوصى أما القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فقد نص فى المادة (٢٧) منه على أنه يجب أن يكون الوصى عدلا كفئا ذا أهلية كاملة ، وأن يكون من طائفة القاصر كالأقباط الكاثوليك ، فإن لم يكن من طائفته من يصلح للوصاية فمن أهل مذهبه كالكاثوليكية ، فإن لم يكن من أهل مذهبه من يصلح للوصاية فمن أهل دينه كالمسيحية ، ولا يخفى ما فى هذا الشرط من ضمان شفقة الوصى على من له الوصاية عليه وحسن عنايته به .

ونص فى هذه المادة أيضاً على طائفة من الأشخاص لا يجوز للمحكمة أن تقضى بتعيين أحد منهم أو تثبيته إذا كان الأب قد اختاره وصياً من ذلك ما يأتى :

١ — من حكم عليه فى جريمة مخلة بالآداب أو ماسة بالشرف أو النزاهة

٢ — من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته .

٣ — من كان مشهوراً بسوء السيرة أو لم تكن له وسيلة مشروعة للتعيش نظراً لانتفاء العدالة أو الكفاءة على حسب الأحوال .

٤ — من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

٥ — من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجته وبين القاصر نزاع قضائى أو خلاف عائلى يخشى منه على مصلحة القاصر ، لأن قيام العداوة لا يؤمن معها رعاية مصلحة القاصر ، وهذه الشروط التى اشترطها القانون فيمن يعين وصياً لا تعدو أن تكون تفصيلا للشروط التى نص عليها الفقهاء فيمن يعين وصياً .

تصرفات وصى الأب

وصى الأب يعتبر قائماً مقام الأب وخلفاً عنه فيملك جميع التصرفات التى يملكها الأب ، والتى تقدم بيانها إلا فى مسائل خاصة لا يكون فيها وصى الأب مثل الأب ، من هذه المسائل .

بيع العقار : فالأب له — كما تقدم — أن يبيع عقار ولده ما دام البيع بمثل القيمة أو بغبن يسير ، أما وصية المختار فلا يجوز له أن يبيع العقار إلا إذا كان هناك مسوغ شرعى ، لأن العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع إلا إذا وجد مسوغ شرعى ، كأن يكون بيع العقار خيراً للصغير من بقائه وذلك فى الحالات الآتية :

ا — أن يرغب شخص فى شراء العقار بضعف قيمته أو أكثر لمصلحة له فى ذلك ، فإن الوصى فى هذه الحالة يستطيع أن يشترى للصغير بالثمن عقاراً أنفع من الذى باعه .

ب — أن تكون ضريبة العقار وما يصرف عليه للصيانة أو الزراعة تزيد على غلاته .

حـ — أن يكون القاصر فى حاجة إلى النفقة ولا سبيل إلى تدبير ذلك إلا ببيع العقار المملوك له فيسوغ للوصى أن يبيع منه قدر ما يكفى للإنفاق على القاصر .

ومن المسائل التى يخالف الوصى الأب فيها بيع الوصى مال نفسه لليتيم أو شراء ماله لنفسه ، فالأب يجوز له أن يبيع ماله للصغير ، وأن يشترى مال الصغير لنفسه متى كان البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير ، أما وصى الأب فلا يجوز له ذلك إلا إذا كان فى البيع والشراء منفعة ظاهرة للصغير . وتتحقق المنفعة الظاهرة فى رأى بعض الفقهاء بأن يبيع للقاصر العقار بنصف القيمة ، ويشترى منه العقار بضعف قيمته ، وفى غير العقار يبيع له مايساوى خمسة عشر بعشرة،ويشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشرة[١] وهـذا على القول المفتى به فى مذهب الحنفية وهو رأى الإمام أبى حنيفة ، وقال محمد وأبو يوسف فى أظهر الروايات عنه لا يجوز للوصى أن يبيع أو يشترى من مال الصغير مطلقاً لعدم وفور شفقته ، ولأنه متهم فى هذا التصرف .

والسبب فى هذه التفرقة واضح لأن شفقة الأب وحرصه على مصلحة أولاده

---

(١) جامع أحكام الصغار حـ ١ ص ١٩٠ ، ١٩١ هامش ، جامع الفصولين ، وحاشية ابن عابدين جزء ٥ ص ٤٦٨ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢١١ ، ٢١٢

لا تحتاج معها إلى ضمان آخر ، والوصى لا يشبهه فى ذلك ،فقد يؤثر مصلحة نفسه على مصلحة القاصر فيحتاج إلى ما يضمن تحقق مصلحة الصغير فى هذا التصرف .

تصرفات وصى الأب فى القانون :

الوصى المختار فى القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ خاضع فى تصرفاته لمراقبة المحكمة خضوعا تاما شأنه فى ذلك شأن الوصى المعين من قبل المحكمة ، وقد نصت المادة (٣٨) على منع الوصى من التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة ، وهو فى هذا يتفق مع الأب .

ومنعت المادة (٣٩) الوصى من مباشرة طائفة من التصرفات إلا بإذن المحكمة ، وهذه التصرفات هى :

١ — جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات التى تقر حقاً من الحقوق المذكورة .

٢ — التصرفات فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة كبيع المحصول أو بيع ما جرى العرف ببيعه من نتاج المواشى ، فمثل هذه التصرفات تستثنى من نطاق الإذن[1] .

---

(١) وقد بينت المذكرة الإيضاحية معيار التفرقة بين مايعتبر من أعمال التصرف ومايعتبر من أعمال الإدارة ، وهو المساس برأس المال ، فكل تصرف ينطوى على إخراج جزء من رأس المال من الذمة ، أو على ترتيب حق عينى عليه يعتبر من أعمال التصرف ، وماعدا ذلك يعتبر من أعمال الإدارة ، ما لم يقض القانون أو العرف بغير ذلك كما هو الشأن مثلا فى الإجارة التى تجاوزت مدتها ثلاث سنوات

٣ — الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة

٤ — حوالة الحقوق والديون التى للقاصر وقبول الحوالة عليه ، وإقراض ماله واقتراضه ، وذلك لخطورة هذه التصرفات من حيث مساسها بالضمانات الفعلية للدائن أو المدين ، لأن المدينين يتفاوتون فى الحرص على الوفاء بالحقوق ، كما أن الدائنين يتفاوتون فى التعنت فى المطالبة والرفق فيها .

٥ — استثمار أموال القاصر وتصفيتها ، ويقصد بالاستثمار توظيف المال بقصد الحصول على ربح أيا كانت صورة هذا التوظيف ، كشراء نوع من الأسهم والسندات أو دفع جزء من المال إلى أحد التجار على سبيل الشركة أو لاستغلاله فى عملية معينة .

٦ — اقتراض المال وإقراضه ، لأن الاقتراض غالباً ما يؤدى إلى ترتيب مسئوليات يجب التثبت من وجاهة العلة التى تبررها ، كما أن الإقراض ينطوى على مخاطرة برأس المال ، ومثل هذه المخاطرة لا يلجأ إليها إلا إذا اقتضت المصلحة ذلك.

٧ — إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى وكذلك إذا كانت المدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد .

٨ — قبول التبرعات المقترنة بشروط أو رفضها .

٩ — الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب التنفيذ .

١٠ — الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر ، أما الوفاء الذى يتم بناء على حكم أو بناء على سند رسمى واجب التنفيذ فلا يحتاج إلى إذن المحكمة .

١١ — رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له.

١٢ — التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام .

١٣ — التنازل عن التأمينات أو إضعافها ، لأنه ينطوى على تفويت مصلحة للصغير فينبغى أن يتثبت القضاء من قيام المبررات التى تدعو إلى مثل هذا التنازل قبل الإذن به .

١٤ — إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون نائباً عنه .

١٥ — ما يصرف فى تزويج القاصر .

١٦ — تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة ، والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

وحتمت المادة (٤٠) على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، كما أوجبت على الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها .

وهذه القيود التى استحدثها القانون لا مانع منها شرعا ، لأن المقصود منها رعاية مصلحة القاصر والمحافظة على ماله ، وهو ما تهدف إليه الأحكام التى قررها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم فى هذا الموضوع .

الجد وما يملكه من تصرفات :

علمنا مما تقدم أن ولاية الجد الصحيح فى المال متأخرة فى الرتبة عن ولاية وصى الأب من غير خلاف بين أئمة الحنفية ، فإذا وجد الجد الصحيح ووصى الأب كانت الولاية على المال لوصى الأب وكانت الولاية على النفس للجد ،

وإذا لم يكن الأب قد اختار وصيا وكان أبوه حياً ، كانت الولاية على أولاده الصغار ومن فى حكمهم لأبيه ، ويكون ولياً على النفس وعلى المال معا ، ومع اتفاق الحنفية على أن الوية المالية تنتقل بعد الأب ووصيه إلى الجد الصحيح اختلفوا فى قوة ولاية الجد هل هى فى قوة ولاية الأب فيكون له ما للأب من التصرفات أم فى قوة ولاية وصى الأب فيكون له ما للوصى من تصرفات ؟ فرأى محمد أن ولاية الجد فى قوة ولاية الأب فيملك كل تصرف يملكه الأب لأن ولاية الجد ولاية أصلية ليست مستمدة من أحد أثبتها الشارع له بسبب الأبوة فيكون له ما للأب من التصرفات ، ولأن الجد أشفق الناس بأولاد ابنه وأكثرهم رعاية لمصالحهم واهتماماً بأمورهم بعد أبيهم ، وإذا كان هذا شأن الجد مع أحفاده كانت ولايته فى المال كولاية الأب فيملك ما يملكه الأب من التصرفات .

وتقدم وصى الأب عليه فى الترتيب لا يرجع إلى قوة ولايته عن ولاية الجد وإنما يرجع إلى احترام رغبة الأب وتنفيذ إرادته فحسب .

ورأى الشيخان أن ولاية الجد فى قوة ولاية وصى الأب فيملك ما يملكه وصى الأب من التصرفات التى سبق بيانها ، ورأيهما هو المفتى به فى المذهب ، لأن وصى الأب مقدم على الجد فى الولاية على المال بالاتفاق ، فلو كانت ولاية الجد فى القوة مثل ولاية الأب لوجب تقديم الجد على وصى الأب فى الولاية على المال .

تصرفات الجد فى القانون

لا يفرق القانون بين الأب والجد فى الأعمال النافعة للصغير نفعاً محضا كقبول الهبة والوصية فلكل منهما أن يقبل الهبة والوصية إلا إذا كانت محملة بالتزامات معينة فيتوقف قبولها على إذن المحكمة .

وكذلك لا يفرق القانون بينهما فى الأعمال الضارة ضرراً محضا كالهبة ، فقد نصت المادة الخامسة على أنه لا يجوز للولى أبا أو جداً التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة .

ومثل ذلك الأعمال الدائرة بين النفع والضرر فإنها تصح من كل منهما على حسب القيود الواردة فى القانون .

ولكن القانون يفرق بين الأب والجد فيما يتعلق بالتصرفات ، فالأصل أن للأب ولاية التصرف فى أموال القاصر دون حاجة إلى إذن المحكمة ، ولم يستثن المشرع إلا بعض التصرفات الهامة ، وهى التى ذكرناها فيما تقدم ، أما الجد فعلى النقيض من ذلك ليس له ولاية التصرف فى المال بأى نوع من التصرفات إلا بإذن المحكمة . فقد نصت المادة (١٥) على « أنه لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها » وللأب بمقتضى المادة (١٤) أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر من غير حاجة إلى إذن المحكمة سواء كان ذلك لحساب نفسه أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك ، أما الجد فإنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر إلا إذا أذنت له المحكمة أيا كان العقد ، وإذا أذنت المحكمة بإبرام العقد عينت وصياً خاصاً يتولى إبرام العقد مع الجد[1] .

وصى الجد وتصرفاته :

إذا اختار الجد وصياً على أولاد ابنه كان لهذا الوصى المختار ما لوصى الأب فما كان لوصى الأب من التصرفات كان لوصى الجد ، وما يمنع منه وصى الأب يمنع منه وصى الجد .

(١) محاضرات فى النظرية العامة فى الحق للدكتور إسماعيل غانم ص ١٩٧-١٩٩

وقد ذكرنا فيما تقدم أن القانون لم يجعل للجد حق الوصاية على أولاد ابنه بل جعل ذلك مقصوراً على الأب فقط .

القاضى ووصيه :

إذا مات الأب أو الجد ولم يوص واحد منهما انتقلت الولاية للقاضى لما له من الولاية العامة فله أن يتصرف بنفسه فى أموال القاصر بما فيه المصلحة إلا أن العمل قد جرى على أن القاضى لا يقوم بنفسه بإدارة أموال الصغار ومن فى حكمهم وبالنظر فى شئونهم بل يعين وصياً من قبله ، يسمى وصى القاضى أو وصياً معيناً ، لأن القاضى هو الذى عينه وأقامه وصياً ، فإذا أقام القاضى وصياً تولى إدارة أموال القاصر والتصرف فيها تحت إشراف القاضى .

وفى الجمهورية العربية المتحدة تقوم المحاكم الحسبية مقام القاضى ، وليس من وظيفة هذه المحاكم إدارة أموال القاصر بنفسها بل وظيفتها قاصرة على تعيين أوصياء للقصر أو تثبيت الأوصياء المختارين ومراقبة تصرفات الاوصياء سواء كانوا مختارين أو معينين ، وقد ذكرنا أحكام الوصى المختار للأب فى القانون وهى بعينها أحكام الوصى المعين .

انتهاء الولاية والوصاية :

الولاية على المال تبقى ما بقى سببها وهو الصغر فإذا زال سببها انتهت الولاية أو الوصاية ، وذلك ببلوغ الصغير عاقلا رشيداً بحيث يؤتمن عليه فى إدارة أمواله والتصرف فيها ، ولم يحدد جمهور الفقهاء للرشيد المالى سناً معينة يحكم بزوال الولاية أو الوصاية عن القاصر متى بلغها بل هو موكول إلى ظهوره بالفعل ، وذلك عن طريق الاختبار والتجربة ، فإن دلت التجربة على تحقق الرشد حكم برشده وسلمت إليه أمواله وإلا بقيت الولاية أو الوصاية عليه ، وبقيت أمواله تحت يد وليه أو وصيه كما كانت قبل البلوغ مهما طال الزمن وهذا على خلاف ما جرى عليه قانون

الولاية على المال فإنه جعل للرشد المالى سنا معينة تزول الولاية أو الوصـاية عن الصغير ببلوغها إلا إذا حكمت المحكمة قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية (مادة ١٨)(١) فمتى بلغ الصغير هذه السن رشيداً زالت عنه الولاية بحكم القانون ، أما إذا أنس الولى فى الصغير عارضا من العوارض التى تحول دون كمال الأهلية عند بلوغ السن المقررة فى القانون ، ومتى استوثقت المحكمة من قيام العوارض أو شاطرت الولى رأيه فى عدم إيناس الرشد قضت باستمرار الولاية قبل بلوغ الصغير الحادية والعشرين ، وفى هذه الحالة تظل الولاية قائمة إلى أن يزول سبب استمرارها بقرار من القضاء ، وإذا لم يصدر حكم باستمرار الولاية إلى ما بعد بلوغ الحادية والعشرين انتهت الولاية ، ولم يعد هناك سبيل لرعاية من بلغ هذه السن إذا قام سبب من أسباب الحد من الأهلية إلا الالتجاء إلى إجراءات الحجر .

ونصت المادة (٤٧) على انتهاء الوصاية بأحد الأمور الآتية .

١ — بلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه

٢ — عودة الولاية للولى ، وذلك فى حالة ما إذا كانت المحكمة قد سلبت الولاية من الولى وعينت وصيا على القاصر ، ثم زال سبب سلب الولايه فأمرت المحكمة بإعادتها .

٣ — عزل الوصى أو قبول استقالته .

٤ — فقد الوصى أهليته أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر ، ويلاحظ أن فقد الأهلية لا يستتبع إنتهاء الوصايه إلا إذا صدر قرار بذلك من المحكمة إلا إذا كان فقد الأهلية بسبب العته أو الجنون فإنه تسرى أحكام القانون المدنى(٢) وللمحكمة إذا ماتوافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض

(١) ونص هذه المادة « الولاية تنتهى ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة مالم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية » (٢) المذكرة الإيضاحية .

من العوارض التى تزيل أهليته أن تأمر بوقفه إلى أن يتم الفصل فى عزله أو إنهاء وصايته

وإذا انتهت الوصاية لأى سبب من الأسباب وجب على الوصى أن يسلم خلال ثلاثين يوماً التالية لانتهائها جميع أموال القاصر التى فى عهدته ، ويكون التسليم بمحضر خاص ، وعلى الذى انتهت وصايته أن يودع قلم الكتاب صورة من الحساب ومحضر تسليم أموال القاصر .

هذا ، ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن تحديد الرشد بسن معينة لا يعتبر مخالفا للنصوص الشرعية التى أناطت دفع المال إلى القاصر بالبلوغ والرشد ولم تحدد سناً معينة كقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » لأن هذه النصوص ليس فيها ما يمنع التحديد فلأولياء الأمور أن يحددوا سناً للرشد حسبما تقضى به المصلحة ، وتبعاً لاختلاف البيئات الاجتماعية وأحوال الناس والجماعات .

الباب الخامس

فى

نفقة الأولاد والأقارب

بينا فى الكلام على نفقة الزوجة أن المراد بالنفقة ما يحتاج إليه الإنسان من طعام وكسوة وسكنى وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف ، وأن القرابة سبب لوجوب نفقة القريب على قريبه . والقرابة التى تجب بسببها النفقة نوعان : قرابة الولادة وهى قرابة الأصول والفروع ، والأصول هم الآباء والأمهات والأجداد والجدات وإن علوا ، والفروع هم الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا .

وقرابة غير الولادة ، والمراد بها عند الحنفية القرابة المحرِّمة للزواج ، وتتناول ذوى الرحم المحرم ، ويقال لهم الحواشى ، وهم الإخوة والأخوات وأولادهم والأعمام والعمات والأخوال والخالات .

وقبل الكلام على الأحكام التفصيلية لنفقة الفروع والأصول وغيرهم من الأقارب نذكر أهم المبادىء التى يقوم عليها نظام النفقة على الأقارب فى الفقه الإسلامى :

١ – الأصل أن نفقة الإنسان تجب فى ماله صغيراً أو كبيرا ، فمن كان له مال فلا يجب على أحد أن ينفق عليه ، لأن النفقة إنما تجب للحاجة ، ومن كان له مال لا يحتاج إلى من ينفق عليه ، ويستثنى من ذلك الزوجة فإن نفقتها تجب على الزوج ولو كانت موسرة ، لأن النفقة لها لم تجب للحاجة وإنما وجبت لاحتباسها لحق الزوج فمتى كانت محتبسة لحقه وجبت لها النفقه عليه ولو كانت لها ثروة طائلة .

٢ — ان الأب لايشاركه أحد فى نفقة أولاده ، لأن الأولاد جزء منه ، فالإنفاق عليهم كالإنفاق على نفسه ، وإحياؤهم كإحياء نفسه ، ولأن الشرع أوجب النفقة على الأب لانتساب الولد إليه . ولما لم يشاركه أحد فى هذه النسبة فلا يشاركه أحد فيما ينبنى عليها وهو النفقة ، لأن من له غنم النسب يكون عليه غرم النفقة .

٣ — أن الأولاد لايشاركهم أحد فى نفقة آبائهم ، وتجب عليهم هذه النفقة بالتساوى من غير تفرقة بين الذكر والأنثى وبين الوارث وغير الوارث لأن سبب وجوب النفقة عليهم الجزئية أى كون الولد جزءاً من أصله ، والأولاد متساوون فى هذه الجزئية فيتساوون فيما ينبنى عليها وهو النفقة . وهذا على الرواية الظاهرة فى مذهب الحنفية وعليها الفتوى (١) وروى الحسن عن أبى حنيفة أن نفقة الوالد تجب على أولاده بمقدار الميراث فيجب على الذكر ضعف مايجب على الأنثى قياساً للنفقة على الميراث ، وقياساً لنفقة الأصول على نفقة غيرهم من الأقارب (٢) وبهذا قال بعض الفقهاء من غير الحنفية ، وهذا القول فى نظرى هو المعقول وهو الذى يتفق مع المقرر فى الشريعة من أن الغرم بالغنم فالذى يغنم من الأصل إذا مات عن تركة يجب عليه أن يغرم بقدر ميراثه منه ويتفق مع قوله جل شأنه « وعلى الوارث مثل ذلك » فإنه جعل وجوب النفقة مرتبطا بالميراث فيكون تقديرها تابعاً لمقداره ، فإن زاد المقدار المستحق بالميراث زاد المقدار الواجب عليه فى النفقة ، وإن نقص وجب عليه بمقداره .

وبهذا الرأى أخذت لجنة الأحوال الشخصية فنصت فى الفقرة الثانية من المادة (٢٢٦) من مشروع القانون على ما يأتى :

« وإذا تعدد الأولاد اشتركوا فى نفقة والديهم بنسبة حصصهم الإرثية »

---

(١) حاشية ابن عابدين ح ٢ ص ٦٩٦ (٢) المبسوط للسرخسى ج ٥ ص ٢٢٢

٤ — أن الفقهاء يتفقون على مبدأ وجوب النفقة للقريب على قريبه ولـكنهم يختلفون فى تحديد القرابة الموجبة للإنفاق على أقوال أربعة :

القول الأول : أن القرابة الموجبة للنفقة هى قرابة الولادة المباشرة فقط فتجب النفقة للأب والأم على الولد ذكراً كان أو أنثى ، وتجب النفقة على الأب لولده ذكراً كان أو أنثى ولا تجب على الأم نفقة ولدها ، ولاتجب لغير هؤلاء الأقارب نفقة على أحد من أقاربهم .

وهذا مذهب المالـكية وهو أضيق المذاهب فى تحديد القرابة الموجبة للنفقة ، وحجتهم فى ذلك قول الله تعـالى « وبالو الدين إحسـانا » وقوله جل شـأنه « وصاحبهما فى الدنيـا معروفا » وقول الرسول صلى الله عليـه وسلم لمن جاء يشـكو إليه والده لأنه أخذ شيئاً من ماله « أنت ومالك لأبيك » وقوله صلى الله عليه وسلم « إن أطيب ما أ كلتم من كسبـكم ، وإن أولادكم من كسبـكم فكلوه هنيئاً مريئاً » فإنها تدل على وجوب نفقة الوالدين على ولدهما ، والدليل على وجوب نفقة الولد على أبيه قول الله تعالى« وعلى المولود له رزقهن وكسوتهم بالمعروف » وقوله سبحانه « فإن أرضعن لـكم فآتوهن أجورهن » وقول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند زوجة أبى سفيان « خذى ما يـكفيك وولدك بالمعروف » فإن هذه النصوص تدل دلالة ظاهرة على وجوب نفقة الولد على أبيه ، وحيث إن هذه النصوص قد دلت على وجوب النفقة على الأب وعلى الأولاد فقط فيقتصر فيها على مورد النص ، وغير هؤلاء من الأقارب ليسوا فى قوة قرابة من ذكرهم النص حتى تثبت لهم النفقة بالقياس عليهم (١) .

القول الثانى : أن القرابة الموجبة للنفقة هى قرابة الولادة مطلقا المباشرة وغير المباشرة . فتجب النفقة على الأصول لفروعهم وعلى الفروع لأصولهم من غير

(١) الشرح الـكبير وحاشية الدسوقى ج٢ ص٥٢٢ ، ٥٢٤ الخرشى ج ٤ ص ٢٠٢ ، ٢٠٤

تقيد بدرجة ، لأن الأجداد آباء وأولاد الأولاد أولاد فيدخلون فى عموم النصوص التى تدل على وجوب نفقة الآباء والأولاد ، وهى النصوص التى تقدم ذكرها فى فى مذهب المالكية . وهذا مذهب الشافعية ، وهو أوسع من مذهب المالكية (١)

القول الثالث : أن القرابة الموجبة للنفقة هى القرابة المحرمة للزواج ، فتجب النفقة على كل قريب لقريبه إذا كانت القرابة بينهما تحرم على الرجل الزواج بالأنثى ، وعلى هـذا القول تجب النفقة لسائر الأقارب إذا كانوا من المحارم أما القريب غير المحرم فلا تجب النفقة عليه . وهذا مذهب الحنفية ، وهو أوسع من مذهب الشافعية . وحجتهم فى ذلك قول الله تعالى « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذى القربى » وقوله تعـالى « وآت ذا القربى حقه » وماروى أن معاوية بن حيدة القشيرى قال يارسول من أبر ؟ قال . قلت : ثم من ؟ قال ؛ أمك . قلت : أمك . قلت : ثم من ؟ قال : أباك ثم الأقرب فالأقرب » فإنه سبحانه جعل لذوى القربى حقا وأمر بإعطائه ، وجعله يلى حق الوالدين فيدل ذلك على وجوب النفقة للأقارب ولو لم تـكن قرابتهم قرابة ولادة .

واستدل الحنفية على تقييد القرابة بالمحرمية بماروى عن عبدالله بن مسعود أنه كان يقرأ قول الله تعالى « وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك » بزيادة « ذى الرحم المحرم » وهى قراءة وردت على سبيل البيان للقراءة المتواترة ، وقد رويت بطريق الشهرة فتصلح أن تـكون مقيدة للنص .

والقول الرابع : أن القرابة الموجبة للنفقة هى القرابة التى يـكون فيها القريب وارثا لقريبه المحتاج بالفرض أو التعصيب ، فتجب النفقة على الأصول لفروعهم،

---

(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٠٧

وعلى الفروع لأصولهم ، كما تجب على سائر الأقارب سواء كانوا محارم أم غير محارم متى كانوا وارثين بالفرض أو التعصيب كالإخوة والأعمام وأبنائهم .

وهذا مذهب الحنابلة وهو أوسع من مذهب الحنفية ، لأنه لم يشترط المحرمية لوجوب النفقة للقريب كما اشترط الحنفية ، ولهذا كان لابن العم النفقة على ابن عمه عند الحنابلة ، لأنه وارث ولا تجب عند الحنفية لأنه غير محرم .

وحجة الحنابلة فى ذلك قول الله تعالى « وعلى الوارث مثل ذلك » فإنه سبحانه علق وجوب النفقة بالوارث بلا فرق بين المحرم وغير المحرم فعلم من هذا أن القرابة الموجبة للنفقة هى ما كان فيها القريب وارثا للقريب المحتاج إن ترك مالا ، ولأن القريب الوارث لما كان أحق بمال المورث من غيره كان من العدل أن يختص بوجوب نفقته عليه دون قريبه غير الوارث (١) .

هذه هى آراء الفقهاء فى القرابة الموجبة للنفقة ، والمعمول به إلى الآن هو مذهب الحنفية الذى يقول بوجوبها للأصول والفروع ولكل ذى رحم محرم ويقال لهم الحواشى .

٥ — أن نفقة الأقارب تجب بقدر الكفاية ، لأن نفقتهم لدفع الحاجة والحاجة تندفع بالكفاية ، وكذلك نفقة الأولاد على الآباء تجب بقدر الكفاية إلا إذا كان الأب موسراً فإن نفقة الأولاد لا تجب عليه بقدر الكفاية بل على حسب ما يراه القاضى .

٦ — نفقة الأصول والفروع تجب من وقت ثبوت الحاجة من غير توقف على قضاء القاضى ، أما نفقة غيرهم من الأقارب فلا تجب إلا بقضاء القاضى . وعلى هذا لو كان لشخص مال من جنس النفقة كان لأبيه أو لابنه المستحق للنفقة أن يأخذ

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٢٥٨ — ٢٦٠ .

منه ما يحتاج إليه فى نفقته بالمعروف بدون توقف على رفع الأمر إلى القاضى ، ولا يكون لأخيه المستحق للنفقة أن يأخذ من هذا المال شيئاً إلا برضاه أو قضاء القاضى.

والسر فى ذلك أن نفقة الأصول والفروع تجب باتفاق الفقهاء فلا تحتاج فى وجوبها إلى القاضى ، أما نفقة غيرهم من الأقارب فإن وجوبها محل خلاف بين الفقهاء فيحتاج ثبوته إلى ما يقويه وهو قضاء القاضى .

٧ — نفقة الأصول والفروع وسائر الأقارب تسقط بمضى المدة إلا إذا كانت مستدانة بإذن من وجبت عليه النفقة أو بإذن القاضى ، فإذا فرض القاضى للقريب نفقة على قريبه ومضت مدة شهر فأكثر ، ولم يأخذ نفقته المفروضة له على قريبه فليس له أن يطالب بها إلا إذا كان المحكوم له مأذونا بالاستدانة ، واستدان النفقة بالفعل ، لأن نفقة القريب وجبت لدفع الحاجة فإذا مضت هذه المدة ولم يقبضها دل على أنه غير محتاج إليها فى تلك المدة ، وإذا كانت المدة التى مضت بدون أن يأخذ القريب نفقته المفروضة له أقل من شهر فلا تسقط النفقة فيها ، إذ لا بد من مضى مثل هذه المدة حتى يتمكن من المطالبة بالنفقة (١) .

وقد استثنى بعض الفقهاء (٢) من ذلك نفقة الصغير فقالوا : إنها لا تسقط بمضى شهر أو أكثر بعد الحكم بها ، وتكون دينا فى ذمة المحكوم عليه ، وعللوا ذلك بعجز الصغير والرأفة به ، وعلى هذا الرأى تسير محاكم الأحوال الشخصية حيث قضت محكمة دشنا فى ٢٠ / ١ / ١٩٣٤ « بأن نفقة الصغير بعد فرضها بالقضاء أو الرضا كنفقة الزوجة فليس لمضى المدة تأثير فى سقوطها » (٣) .

---

(١) حكم محكمة الضواحى فى ١٩٣٩/٣/٥ بمجلة المحاماة الشرعية س ١١ ص ٥٤.

(٢) تبيين الحقائق الزيلعى ج ٣ ، ص ٦٥ ، البحر الرائق ج ٣ ص ١٠١

(٣) مجلة المحاماة الشرعية س : ٦ ص ٧٦٨ :

٨ — إذا امتنع من وجبت عليه النفقة عن الإنفاق على قريبه المستحق لها وأصر على الامتناع مع قدرته فإنه يحبس ولو كان أبا ، لأن فى النفقة حياة الإنسان ، وفى الامتناع عنها تعريض النفس للتلف والضياع(١) .

٩ — إذا لم يكن للفقير المستحق للنفقة أحد من أقاربه يستطيع الإنفاق عليه فإن نفقته تكون واجبة فى بيت المال « خزينة الحكومة » لأن من وظائف بيت المال فى النظام الإسلامى أن يتحمل حاجة المحتاجين ويقوم بقضاء حاجاتهم والإنفاق عليهم ، ويقول الكاسانى فى البدائع فى بيان ما يوضع فى بيت المال من الأموال وبيان مصارفها(٢) . « وأما النوع الرابع فيصرف إلى دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم وإلى أكفان الموتى الذين لا مال لهم وإلى نفقة اللقيط وعقل جنايته ، وإلى من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته ، ونحو ذلك ، وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها » .

وقد رفع فقير دعوى فى سنة ١٩٢٢ على وزارة المالية يطلب فيها فرض نفقة عليها لفقره وعجزه عن الكسب ولا قريب له ، فحكمت له المحكمة بالنفقة ، ولكن هذا الحكم لم يرض الحاكمين فى ذلك الوقت فعملوا على تعطيله خوفا من انتشار هذه الروح فى الجماهير الفقيرة ، فأصدرت وزارة العدل المنشور رقم ٣٦ لسنة ١٩٢٢ منعت فيه المحاكم من سماع مثل هذه الدعوى(٣) . وقد استندت

---

(١) المبسوط ج ٥ ص ٢٢٤ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٨٩ .

(٢) ج ٤ ص ٦٩ .

(٣) ونص هذا المنشور كما يأتى :

« علمت الوزارة أن بعض المحاكم رفعت أمامها دعاوى على وزارة المالية بطلب فرض نفقة لفقر المدعين وعجزهم عن الكسب وعدم وجود من تجب =

فى هذا المنع إلى ما نقل عن بعض الفقهاء من أن الإمام غير ملزم بإعطـاء من له حق فى بيت المال بل يوكل الأمر فى ذلك إلى رأيه واختياره .

ولا يشك أحد ممن له علم بمقاصد الشريعة وموارد نصوصها فى بطلان هذا المنع ، لأن حق الفقير العاجز عن الـكسب ثابت فى بيت المال وعلى الحـاكم أن يسد حاجة الفقراء منه ، وقد ذكرنا آنفا عبارة صاحب البدائع وقوله فيها « وعلى

= نفقتهم عليه ، ومن حيث إن هذه الدعاوى غير مسموعة شرعا ، لأن شرط سماع الدعوى أن تـكون ملزمة ، وهذه الدعاوى غير ملزمة شرعا :

أولا : لما يؤخذ من القنية عن الإمام الوبرى من أن الإمام ليس بملزم قضاء بإعطاء من له حظ فى بيت المال بل له الخيار فى المنع والإعطـاء وأما ماقاله ابن عابدين تعليقا على عبارة القنية من « إنه ليس للامام الخيار فى المنع والإعطاء ، من بيت المال مطلقا وإنما ذلك بالنسبة للمال الذى أخذه صاحب الحظ بدون علمه ، فهو تأويل منه لصريح عبارة القنية وحمل لها على خلاف ظـاهرها لم يستند فيه إلى نص من كتب المذهب فضلا عن مخالفته لروح الأحكام الشرعية المنصوص عليها فى أبواب بيت المال فلا يعول عليه

وقد نقل عبارة القنية شارح الوهبـانية وصـاحب البحر والفتـاوى الهندية وغيرهم من الفقهاء ولم يعلقوا عليها بمثل ما علق به ابن عابدين .

ثانيا : نص الزيلعى وصـاحب البحر والبدائع وغيرهم على ما يؤخذ منه أن صرف أموال بيت المال فى مصـارفه مفوض لرأى الإمام وموكول إلى اجتهـاده وظاهر من هذا أن الإمام لا يطالب قضاء بالصرف لشخص معين من المصارف.

ثالثا : أن الفقير الذى هو أحد مصارف البيت الرابع من بيوت المال ليس متعينا للصرف عليه لتعدد مصارف هذا البيت فليس له ولاية المطالبة قضاء كالفقير فى الزكاة والفقير فى الوقف على الفقراء لأن دعواهما غير ملزمة فلا تسمع إذن .

لهذا توجه الوزارة نظر المحاكم إلى عدم سماع هذه الدعاوى « الدليل المرشد لمحمد الغريب ص ٨٥ » .

الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها ، وهى صريحة فى إلزام الولى بإعطاء الفقراء وذوى الحاجة نصيبهم من بيت المال وليس ذلك موكولا إلى رأيه واختياره كما جاء فى المنشور .

وهذا عمر بن الخطاب كان يرى أن بيت المال يجب عليه أن يسد حاجة الفقير ويدفع عوزه ، يدلنا على ذلك القصة المشهورة عنه حين كان يعس بالليل وعثر على امرأة بائسة تشكو الجوع والحاجة فسعى بنفسه ليحمل لهذه الأسرة من بيت المال ما يكفيها فلما شكرته أم الأولاد وقالت له : الله بيننا وبين عمر قال لها ، ومن أعلم عمر بكم حتى يكون مسئولا عنكم ؟ فإنه يدل على أن الإمام إذا نبهه قاض على ما يجب عليه لزمه أن يؤدى هذا الحق لصاحبه .

ويشهد لهذا أيضا ما ذكرناه فى الكلام على اللقيط عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه كان « إذا أتى بلقيط فرض له ما يصلح رزقا يأخذه وليه كل شهر ، ويوصى به خيراً ويجعل رضاعه فى بيت المال ونفقته » .

لذلك لا يصح للقضاة أن يتقيدوا بهذا المنشور المخالف للنصوص الفقهية فى مذهب الحنفية (١) .

وبعد هذا البيان للمبادىء الفقهية التى يقوم عليها نظام النفقات فى الفقه الإسلامى نذكر الأحكام التفصيلية لمن تجب لهم نفقة من الأقارب ، وهؤلاء الأقارب كما تقدم هم الفروع والأصول والأقارب من غير الأصول والفروع وهم الحواشى . وسنتكلم عن كل طائفة من هذه الطوائف فى فصل على حدة فيما يأتى :

---

(١) وقد ناقش فضيلة الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة فى كتابه «الاحوال الشخصية» ما استند إليه هذا المنشور مناقشة دقيقة ، ودلل على بطلانه بنقل النصوص الفقهية التى تخالفه والتى تثبت فى جلاء أن بيت المال ملزم بسد حاجة الفقراء ولا خيار لاحد فى منعهم منه أو إعطائهم إياه ، وهذا هو الحق الذى لا يسوغ القول بما عداه .

الفصل الأول

نفقة الفروع

الفروع — كما قدمنا — هم أولاد الشخص وأولاد أولاده وإن نزلوا سواء كانوا ذكوراً أم إناثاً . والأصل فى وجوب نفقة الفروع قول الله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فإنه سبحانه وتعالى أوجب نفقة الزوجات على أزواجهن وعبر عن الزوج بالمولود له للتنبيه على علة الإيجاب وأنها الولادة ، فإذا وجبت نفقة الأمهات على الأزواج بسبب الولد كان وجوب نفقة الولد ثابتا بالطريق الأولى ، وكذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند زوجة أبى سفيان « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فإنه يدل على وجوب نفقة الولد على أبيه كما يدل على وجوب نفقة الزوجة على زوجها .

شروط وجوب النفقة للفروع :

لا تجب نفقة الفروع على الأصول إلا إذا توافرت الشروط الآتية :

١ — أن يكون الولد فقيراً . لأن الأصل أن نفقة الإنسان على نفسه ، فإذا كان له مال يكفى لنفقته فلا تجب نفقته على غيره ، فإن كان للصغير مال فنفقته فى ماله ولو كان أبوه غنيا ، فإذا كان للصغير مال فى يد الأب أنفق عليه منه ، وأشهد على ذلك حتى إذا نازعه الصغير فيما بعد وادعى أن النفقة كانت من مال الأب أمكنه إقامة الحجة عليه وإلزامه بما أنفق . وإذا كان مال الصغير غير حاضر كما إذا ورث مالا ولم يتسلمه فعلى الأب أن ينفق عليه حتى يحضر ماله ، وله أن

يرجع بما أنفق عليه إذا كان الإنفاق بإذن القاضى أو كان قد أشهد عند الإنفاق أنه ينفق ليرجع بذلك على الصغير .

والفقر الموجب للنفقة أن يكون الشخص محتاجاً لا يجد ما ينفقه على نفسه فإن كان يجد النفقة التى يحتاج إليها فلا تجب له النفقة ، لأن النفقة معللة بالكفاية ومتى كان عند الإنسان ما يكفيه لا يلزم غيره كفايته .

فلو كان لا يجد ما يحتاج إليه من النفقة وله منزل يسكن فيه فهل يعتبر فقيراً تجب له النفقة ؟ اختلفت الرواية فى مذهب الحنفية :

ففى رواية يعتبر فقيرا ، فتجب له النفقة على قريبه ، ولا يلزم ببيع المنزل ولا ببيع جزء منه لأن بيع المنزل لا يحصل إلا نادرا ، ولا يمكن لكل أحد أن يسكن بالأجر أو فى المنزل المشترك ، واختار هذه الرواية صاحب البدائع ، وقال : إن هذا هو الصواب ، ألا ترى أنه تحل الصدقة لهؤلاء ولا يؤمرون ببيع المنزل[1] .

وفى رواية أخرى : أن المنزل إذا كان لا يفضل عن السكنى فإنه يعتبر فقيراً يستحق النفقة على قريبه ، أما إذا كان المنزل يفيض عن سكناه فلا تجب له النفقة، وإنما يؤمر ببيع الزائد على سكناه والإنفاق من ثمنه على نفسه ، وهذه الرواية هى الصحيح من المذهب كما قال صاحب الذخيرة[2] لأن النفقة لا تجب لغير المحتاج ، ومن يملك منزلا يزيد عن سكناه لا يعد محتاجا ، فلا تجب له النفقة .

وبهذه الرواية قضت محكمة قنا فى حكمها الصادر فى ٢ يونيه سنة ١٩٤٨[3] ، وقالت فيه « إن الفقهاء جعلوا مناط استحقاق النفقة للفقير الذى يملك منزلا ألا يكون فيه فضل بعد سكناه » .

---

(١) البدائع ج ٤ ص ٣٤ . (٢) منحة الخالق ج ٤ ص ٢٢٨ .

(٣) مجلة المحاماة الشرعية ص ١٩٣ س : ٢١ .

٢ – أن يكون عاجزاً عن الكسب، والعاجز عن الكسب هو من لا يمكنه اكتساب معيشته بالوسائل المشروعة المعتادة، فلو كان قادراً على الكسب لا تجب له النفقة ولو لم يكن له مال، لأنه إذا كان قادراً على الكسب كان غنياً بهذه القدرة، إذ يستطيع بها أن يتكسب وينفق على نفسه، ولا يكون فى حالة ضرورة يتعرض فيها للهلاك إن لم ينفق عليه قريبه، ويعتبر الإنسان عاجزاً عن الكسب إذا كانت فيه إحدى الصفات الآتية :

ا – الصغر، والمراد به الصغر الذى لا يبلغ المتصف به حد الكسب، فإن بلغ الولد حد الكسب وكان غلاماً فللأب أن يؤجره أو يعطيه لمن يعلمه حرفة يكتسب منها، وينفق عليه من كسبه، وإن كان أنثى فليس له أن يؤجرها للخدمة لما فى ذلك من تسليمها للمستأجر الذى يخلو بها، وهو لا يجوز شرعاً ولكن له أن أن يسلمها لامرأة تعلمها حرفة كتطريز وخياطة ونحوهما .

ب – الأنوثة، لأن الشأن فى الأنثى عدم التعرض لعناء العمل، ولكن لو كانت الأنثى تكتسب فعلا من وظيفة أو حرفة فإن نفقتها تكون من كسبها، فإذا كان كسبها لا يكفيها فعلى الأب إكمال نفقتها حتى تتزوج، فإذا تزوجت وجبت نفقتها على الزوج، فإن طلقت عادت نفقتها على الأب إن احتاجت إلى النفقة .

ج – المرض الذى يحول دون العمل كالعمى والشلل والجنون والعته ونحوها، فإن كان مع هذه الآفة يكتسب لا تجب له النفقة فإن لم يكفه ما يكتسبه فعلى الأب ما يكمل حاجته .

د – طلب العلم، فإن كان الولد مشتغلا بالتعليم، وكان طلب العلم يشغله عن التكسب وجبت نفقته على أبيه حتى ولو كان قادراً على التكسب والعمل لأن طلب العلم قد يكون واجباً فى بعض الحالات وقد يكون مندوباً فى بعضها وهو

على وجه العموم فرض كفاية . فلو ألزم طلبة العلم بالاكتساب لتعطل سير نهضة الأمة وفات عليها كثير من المصالح ،

وقد اشترط الفقهاء لاعتبار طالب العلم موجباً للنفقة أن يكون طالب العلم ناجحا مجدا فى طلب العلم النافع ، أما لو كان فاشلا فى دراسته غير ناجح فى تعليمه فلا جدوى فى طلبه العلم وعليه أن ينصرف لطلب القوت ولا يكون كلا على أحد (١) وهذا مايسير عليه القضاء فى محاكم الأحوال الشخصية (٢) .

وقد اعتبر بعض فقهاء الحنفية من دواعى العجز عن الكسب الموجب للنفقة أن يكون الشخص من أبناء الأشراف والبيوت الذين يلحقهم العار من التكسب كأبناء الأمراء والوزراء ومن فى حكمهم ، وقالوا إن أبناء الأسر وذوى الحسب يستحقون النفقة ولو كانوا قادرين على التكسب والعمل ، وعللوا ذلك بأن الكسب يلحق بهم عاراً لوجاتهم وشرفهم (٣) ولم يرتض هذا الحكم بعض العلماء وقال : إن الكسب لمؤونته ومؤونة عياله فرض فكيف يكون عاراً ، وإن علياً سيد العرب كان يؤجر نفسه ، والصديق رضى الله عنه بعد أن بويع بالخلافة حمل أثواباً وقصد السوق فردوه وفرض له من بيت المال مايكفيه وأهله ، وقال: سأتجر للمسلمين فى مالهم حتى أعوضهم عما أنفقت على نفسى وعيالى ، وأى فضل لبيوت تحمل أهلها أن تكون كلا على الناس ، وهذا الكلام هو مايتفق مع روح الشريعة وقانونها الحى ولكن ابن عابدين لم يعجبه هذا الكلام فأخذ يرد عليه بروح

---

(١) البحر لابن نجيم حـ ٥ ص ٢٢٨ . ابن عابدين حـ ٢ ص ٦١٩ ،

(٢) حكم محكمة السيدة زينب الشرعية فى ١٩٢٨/١٢/٣١ س٢ص٧٦، مجلة المحاماة الشرعية ، وحكم محكمة السويس فى ١٩٣٨/٢/٢٧ ، س: ٩ ص٨٣٩ مجلة المحاماة الشرعية

(٣) تبيين الحقائق وحاشية الشلبى حـ ٢ ص ٦٤

الواقع الاجتماعى الذى كان يعيش فيه فقال: لايخفى أن ذلك لم يكن عاراً فى زمن الصحابة بل كانوا يعدونه فخراً بخلاف من بعدهم ألا ترى أن الخليفة بل من دونه فى زماننا لو فعل كذلك اسقط من أعين رعيته فضلا عن أعدائه ، وقد أثبت الشارع لولى المرأة فسخ الزواج لدفع العار عنه فحيث كان الكسب عاراً له كما لو كان ابناً أو أخا للأمير أو لقاضى القضاة مثلا تجب له النفقة عليه بشروطها (١)

وهذا كلام لاحياة فيه أملاه على قائله روح العصر الذى كان يعيش فيه ، حيث اضطرب النظام الاجتماعى ، وابتعد الناس عن تعاليم الشريعة ، وعملوا بمقاييس الجاهلية الفاسدة التى لاتسود إلا فى المجتمعات المتخلفة ، فلا ينهض رداً على كلام صادر عن روح الشريعة ومبادئها العامة التى تحتم العمل على كل قادر عليه ، ولا فرق عندها بين شريف وغير شريف وليس فى الإسلام شريف لايعمل ، وغير شريف يعمل ، بل الناس جميعاً سواسية أكرمهم عند الله أتقاهم وأنفعهم للناس ، والنصوص الشرعية التى توجب العمل على كل مقتدر وتحرم السؤال عليه نصوص عامة لاتستثنى أحداً ، كقول الله تعالى « فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله » وقوله جل شأنه « فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه » وقد كان الصحابة رضى الله عنهم يعملون ويكتسبون ولم تعرف هذه الطبقية فى عصور الإسلام الزاهرة وإنما عرفت بعد مادب الخلل إلى جسم المجتمع الإسلامى ، وانتشرت فيه التقاليد البعيدة عن الإسلام وتعاليمه .

وعلى هذا لايكون هناك وجه لإيجاب النفقة للقادر على الكسب المتيسر له سبيله سواء أكان من أبناء الأعيان والبيوت الرفيعة أم كان من عامة الناس .

٣ — أن يكون الأصل قادراً على الإنفاق ليساره أو قدرته على الكسب ،

---

(١) حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٦٩٠ — ٧٠٠

وإن لم يكن غنيا . فإذا كان الأب موسراً أو كان قادراً على الكسب وجبت عليه نفقة أولاده، ولا يسقط عنه هذا الوجوب إلا إذا كان عاجزاً عن الكسب بحيث تجب نفقته على غيره من الأصول أوالفروع، لأنه فى هذه الحالة يعتبر كالمعدوم، وليس من المعقول أن نوجب عليه الإنفاق على غيره وهو يأخذ نفقته من غيره .

أما إذا كان الأب معسراً ولم يكن عاجزاً عن الكسب فإنه يؤمر بالاكتساب والإنفاق على أولاده ، فإن لم يتيسر له الاكتساب لبطالة أو غيرها لم تسقط عنه نفقة أولاده ولكن يؤمر من تجب عليه النفقة لو لم يكن الأب موجودا بالإنفاق عليهم ، ويكون ذلك دينا على الأب يطالب به إذا أيسر فإن اكتسب الأب ولم يف كسبه بنفقة أولاده وجب على من تلزمه النفقة لو لم يكن الأب موجوداً كالأم أو الجد أن ينفق عليهم ويكون ماينفقه دينا على الأب يطالب به إذا أيسر .

وإن امتنع الأب عن الكسب مع قدرته عليه أو امتنع عن الإنفاق على أولاده استعمل القاضى معه مايراه مؤديا لقيامه بالإنفاق عليهم حتى لو علم أن مثله لا ينفق إلا إذا حبس قضى بحبسه ،

هذه هى الشروط التى يلزم توافرها لإيجاب نفقة الفروع على الأصول ، أما اتحاد الدين فليس شرطاً لإيجاب هذه النفقة ، لأنها وجبت بقول الله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وهو يدل على أن الولادة سبب لإيجاب نفقة الأولاد على أبيهم وهى ثابتة سواء كان الدين متحداً أم مختلفاً ، ولأن الفرع جزء من الأصل وجزء الإنسان فى معنى نفسه فكما لا تمتنع النفقة على نفسه بالكفر فكذلك لا تمتنع النفقة على جزئه (١) .

---

(١) البدائع ج ٤ ص ٣٦، البحر الرائق ج ٤ ص ٢٢٦

فإذا كان الأب موجوداً وقادراً على الكسب كانت نفقة أولاده عليه وحده لا يشاركه أحد فيها ، لأنهم جزء منه فالإنفاق عليهم كالإنفاق على نفسه وإحياؤهم كإحياء نفسه .

وإذا لم يكن الأب موجوداً أو كان موجوداً ولكنه فقير عاجز عن الكسب لمرض أو كبر سن أو غير ذلك كانت نفقة الأولاد على من يوجد من الأصول ذكراً كان أو أنثى ، فإن لم يوجد إلا واحد كالأم أو الجد كانت النفقة واجبة عليه وحده متى توافرت شروط وجوب النفقة التى أسلفنا بيانها ، وإن كان الموجود أكثر من واحد فالحكم يختلف تبعاً لثبوت الإرث لهم جميعاً وعدم ثبوته أو ثبوته لبعضهم دون بعض ، فإن كانوا جميعاً وارثين وجبت النفقة عليهم بنسبة ما يستحقون من الميراث من غير نظر إلى تساويهم أو اختلافهم فى درجة القرابة للولد ، فإذا كان له أم وجد صحيح كان على الأم ثلث النفقة وعلى الجد الثلثان كما هو نصيب كل منهما فى الميراث، ولو كان له أم أم وجد فعلى الجدة سدس النفقة وعلى الجد الباقى ، لأن نصيبهما من الميراث كذلك ، ولو كان له أم أم وأم أب وجد فعلى الجدتين السدس مناصفة بينهما وعلى الجد الباقى . لأن نصيب الجدتين من الميراث السدس يقسم بينهما مناصفة فيجب عليهما فى النفقة السدس مناصفة بينهما ، وعلى الجد خمسة أسداس النفقة.

وإن كانوا جميعاً غير وارثين بأن كانوا من ذوى الأرحام فالنفقة على أقربهم درجة إن اختلفت درجة القرابة فإن اتحدت درجة قرابتهم من المستحق للنفقة كانت النفقة واجبة عليهم بالسوية ، فإذا كان للولد أبو أم ، وأم أبى أم ، فالنفقة على أبى الأم وحده ، لأنه أقرب من أم أبى الأم ، ولو كان له أبو أبى أم وأم أبى أم وجبت النفقة عليهما مناصفة لتساويهما فى درجة القرابة .

وإن كان بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث كانت النفقة واجبة على الأقرب وإن لم يكن وارثاً ، فإن كانوا متساوين فى درجة القرابة وجبت على الوارث منهم دون غيره على ما استظهره ابن عابدين (١) .

فإذا كان للولد أبو أم ، وأبو أبى أب كانت نفقته واجبة على أبى الأم دون أبى أبى الأب لقرب درجته ، وإن كان لا يأخذ شيئاً من الميراث .

وكذلك لو كان له أم أب وأبو أبى الأم فإن النفقة تجب على أم الأب لقربها .

وإذا كان له أبو أب وأبو أم وجبت النفقة على جده لأبيه دون جده من الأم ، لأنه هو الذى يرث دون الجد لأم لأنه من ذوى الأرحام .

وبناء على ما قرره فقهاء الحنفية لو كان لمستحق النفقة أبو أبى أب وأم أم كانت النفقة عليهما بحسب ميراثهما لأن كلا منهما وارث ، فإذا حل أبو الأم محل أم الأم فى هذه المسألة كانت النفقة عليه وحده ، وهو غير وارث ولا شىء على أبى أبى الأب ، وهو الوارث وجده ، فترى من هذا أن القريب الوارث يعاون الأقرب الوارث ولا يعاون الأقرب غير الوارث ، فأبو أبى الأب إذا كانت معه أم الأم عاونها مع أنها وارثة وإذا كان معه أبو الأم لم يعاونه مع أنه غير وارث ، وهو حكم غير معقول .

والذى أوقع علماء الحنفية فى هذا الاضطراب أنهم لم يسيروا على وتيرة واحدة فى الترجيح فتارة يعتبرون الإرث وذلك فى حالة ما إذا كان الأصول

---

(١) رد المحتار على الدر المختار جـ ٢ ص ٦٩٨ ، وتحرير النقول فى نفقة الفروع والأصول جـ ١ ص ٢٨٦

كلهم وارثين ، أو كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث ، واتحدت درجه القرابة وتارة يعتبرون قرب الدرجة ، وذلك فى حالة ما إذا كانوا جميعاً غير وارثين ، أو كان بعضهم وارثا ، وبعضهم غير وارث ، واختلفت درجة قرابتهم . وسبب هذا الاضطراب يرجع إلى المسائل الفقهية المقررة فى المذهب والعبارات المضطربة التى نقلت عن مشايخ الحنفية ، فبعض هذه المسائل يبدو أن الحكم فيها مبنى على القرب دون الإرث وبعضها يبدو أن الحكم فيها مبنى على الإرث دون القرب[١].

نفقة زوجة الابن :

إذا كان للفرع الذى يستحق النفقة زوجة فلا تجب نفقتها على الأب ولا على غيره من الأصول ، بل تكون نفقتها واجبة على زوجها ، ويقضى عليه بها ، ويأذن القاضى للزوجة بالاستدانة عليه إذا طلبت ذلك ، ويؤمر من يجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة كأبيها أو أخيها بأداء النفقة إليها على أن يرجع بها على الزوج إذا أيسر ، حتى لو امتنع عن أدائها حبسه القاضى إذا طلبت المرأة ذلك[٢].

الفصل الثانى

نفقة الأصول

الأصول — كما تقدم — هم الأب والجد والأم وأبو الأم وأم الأم مهما علوا ، ونفقة الأصول تجب على الفروع إذا توافرت الشروط الآتية :

---

(١) انظر رسالة ابن عابدين المسماه تحرير النقول فى نفقة الفروع والأصول حـ ١ ص ٢٧٨

(٢) حاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ٦٩٢

١ — أن يكون الأصل فقيراً لا مال له ، ولا يشترط أن يكون عاجزاً عن الكسب كما اشترط ذلك فى الابن ، لأن الله تعالى أمر بالإحسان إلى الوالدين ونهى عن إيذاء الآباء فقال جل شأنه « وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما » وفى إلزامهم بالاكتساب مع غنى الأبناء ترك للإحسان إليهم وإيذاء لهم فلا يجوز .

٢ — أن يكون الفرع موسراً ، وذلك بأن يكون له مال فاضل عن حاجته ، ولا يقل عن نصاب الزكاة ، أو يكون له كسب يكفيه ويزيد على حاجته، على ما سيأتى فى الكلام عن اليسار الذى يتعلق به وجوب النفقة .

فإذا كان الولد غنياً أو كان كسبه يكفيه ويزيد على حاجته وجبت عليه النفقة لأصوله ، سواء كان الأصل عاجزاً عن الكسب أم قادراً عليه ، لأن تكليف الأصل بالعمل مع يسار ولده ينافى احترامه وبره الواجب له شرعا .

فإن كان للولد أب وأم كلاهما محتاج إلى النفقة ولكنه لا يستطيع الإنفاق إلا على أحدهما كانت الأم أحق من الأب فى وجوب النفقة على قول فى المذهب الحنفى ، ويؤيد هذا القول ماروى أن معاوية ابن حيدة القشيرى قال : يارسول الله من أبر ؟ قال : أمك ، قال : ثم من ؟ قال : أمك ، قال : ثم من ؟ قال : أمك، قال : ثم من ؟ قال : أباك ، ثم الأقرب فالأقرب ؛ فإن هذا الحديث يدل على تقديم الأم على الأب فى البر ، والإنفاق من البر فتكون أحق من الأب فيه .

وقال بعضهم : الأب أحق من الأم ، لأنه تجب عليه نفقة الابن فى صغره دون الأم ، والغنم على حسب الغرم ، وقيل تقسم النفقة بينهما .

وإذا كان كسب الولد لا يزيد على حاجته فلا تفرض عليه نفقة لأصوله إلا

أنه إذا كان الأصل عاجزاً عن الكسب لمرض أو كبر سن ، وكان للولد عيال لزمه ديانة وقضاء أن يضمه إلى عياله فلو امتنع عن ضمه وطلب الأصل ذلك قضى له بما طلب ، وقد علل الفقهاء هذا الحكم بأن طعام الأربعة مثلا إذا فرق على خمسة لا يتضرر كل واحد منهم ضرراً فاحشا .

فإن لم يكن للولد عيال لم يلزمه قضاء أن يضم والده إليه ، لأن ضمه إليه يؤدى إلى عجزه عن الكسب لأن الكسب لا يكون إلا بكمال القوة ، وكمال القوة إنما يكون بالغذاء الكامل ، فلو أشركنا الوالد فى غذائه لم يأ كل ما يكفيه، فلا يقدر على الكسب ، وفيه خوف هلاكهما جميعاً ، لكن يؤمر الابن ديانة بضم والده إليه ومواساته ، إذ لا يحسن أن يكون للابن كسب ، ويترك أباه ضائعا والأم الفقيرة مثل الأب فى ذلك وكذلك الجدة ، ولو لم تكن عاجزة عن الكسب ، لأن الأنوثة عجز حكما(١) .

وذكر صاحب البدائع(٢) أن الولد إذا كان كسبه يزيد عن حاجته ولم يكن له عيال يجب عليه أن يضم والده إليه متى كان عاجزاً عن الكسب ، لأن رعاية الوالد العاجز عن الكسب واجبة ، وتركه يتكفف الناس بعد عن الإنسانية ، ومثل الوالد فى ذلك الأم الفقيرة(٣) .

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ صـ ٦٩٦ .

(٢) البدائع جـ ٤ صـ ٣٦ .

(٣) وقد قررت محكمة الإسكندرية فى حكمها الصادر فى ١٨ / ٢ / ١٩٥٨ « أن نفقة الأصل واجبة على فرعه بشرط أن يكون قادرا على الكسب متى كان فى كسبه ما يزيد على حاجته ، والنفقة واجبة للأصل المعسر ، ولو كان قادراً على الكسب , ولا يكلف بالسعى بربه واحتراماً له ، بل إذا لم يكن فى كسب الفرع ما يزيد عن حاجته فإنه يجب أن يضم أصله إلى من ينفق عليهم من أهله ، فيشاركهم فى طعامهم (المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية جـ ٢ صـ ٢٥٦) .

ولا يشترط فى وجوب نفقة الأصل على الفرع اتحاد الدين ، لأن وجوب النفقة بحق الولادة التى تتحقق بها الجزئية والبعضية بين الوالد والولد ، وهذه الجزئية لا تختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق بها ، وقد قال تعالى فى حق الوالدين الكافرين « وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا »(١) وليس من المعروف ترك الإنفاق عليهما مع القدرة .

فإذا لم يكن للأصل إلا ولد واحد وجبت نفقته عليه متى توافرت شروط وجوب النفقة التى سبق بيانها ، وإن تعددت الفروع واتحدت درجة قرابتهم بأن كانوا كلهم أولاداً أو أولاد أولاد وجبت عليهم نفقة الأصل بالتساوى بينهم سواء أكانوا كلهم وارثين أم كان بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث . وسواء تساووا فى الغنى أم تفاوتوا ، وقيل : لو كان التفاوت فاحشاً تقدر النفقة بحسبه ، وينبنى على ذلك أنه إذا اجتمع ابن وبنت موسران كانت النفقة واجبة عليهما بالتساوى ، ولا ينظر إلى أن الابن يأخذ ضعف البنت فى الميراث ولو كان لمستحق النفقة ابنان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم كانت النفقة عليهما بالتساوى ، وإن كان الابن غير المسلم لا يرث . ولو كان له ابن ابن وبنت بنت كانت النفقة عليهما أيضاً بالتساوى ، وإن كانت بنت البنت لا ترث مع ابن الابن لأنها من ذوى الأرحام .

وإن تعددت الفروع واختلفت درجة قرابتهم كانت نفقة الأصل على الأقرب سواء أكان ذلك الأقرب وارثاً أم غير وارث وسواء أكان ذكراً أم أنثى وسواء أكان متحداً معه فى الدين أم مخالفاً له ، لأن سبب وجوب النفقة

---

(١) آية : ١٥ من سورة لقمان

الجزئية ، ومتى وجد السبب ترتب عليه الحكم ، وإذا قوى السبب بالقرب كان مرجحاً عند التعدد واختلاف الدرجة ، وينبنى على ذلك أنه إذا كان لمستحق النفقة بنت وابن ابن فإن نفقته تجب على البنت وحدها لقربها فى الدرجة وإن كان ابن الابن يأخذ مثلها فى الميراث .

وإذا كان له ابن غير مسلم وابن ابن مسلم كانت النفقة على الابن غير المسلم لقربه فى الدرجة وإن كان ابن الابن هو الذى يرث .

وإذا كانت له بنت بنت وبنت ابن ابن وجبت النفقة على بنت البنت لقربها وإن كانت بنت ابن الابن هى التى تأخذ الميراث .

ومما تقدم يتبين أن الحنفية فى حالة تعدد الفروع اعتبروا درجة القرابة ولم ينظروا إلى الميراث أصلا ، وفى حالة تعدد الأصول اعتبروا الإرث أحيانا وأهملوه أحياناً أخرى ، وكان المعقول أن يسيروا على وتيرة واحدة فى الحالتين ، لأن علة وجوب النفقة فى الحالتين واحدة وهى الجزئية فلا يكون هناك وجه للتفرقة بينهما ، وعذر الحنفية فى ذلك اختلاف المسائل الفقهية المأثورة عن المشايخ فى هذا الموضوع اختلافا ألجأهم إلى اعتبار الإرث حيناً وقرب الدرجة حيناً آخر فى حالة تعدد الأصول ، واعتبار درجة القرابة فقط فى حالة تعدد الفروع (١)

نفقة زوجة الأب :

إذا كان للأب المستحق للنفقة زوجة فإن كان محتاجا إليها ولا يمكنه

---

(١) انظر تحرير النقول فى نفقة الفروع والأصول لابن عابدين ج ١ ص ٢٧٩ و ٢٨٠ ، ٢٨١ .

الاستغناء عنها لمرض أو كبر سن وجبت نفقتها على الولد من غير خلاف عند الحنفية ، وإن لم يكن محتاجا إليها فلا تجب نفقتها على الولد فى رواية ، وتجب نفقتها عليه فى رواية أخرى ، والرواية الأولى هى الراجحة فى المذهب (١) وعليها يجرى القضاء (٢) .

الفصل الثالث

نفقة الأقارب من غير الأصول والفروع

وهم الحواشى

قدمنا أن القريب إذا كان من المحارم وجبت له النفقة على قريبه عند الحنفية وذلك كالأخ وابن الأخ ، والعم والعمة ، والخال والخالة ، أما القريب الذى لا يكون من المحارم فلا تجب له النفقة على قريبه كابن العم أو العمة ، وابن الخال أو الخالة .

شروط وجوب نفقة هؤلاء الأقارب

ويشترط لوجوب نفقة هؤلاء الأقارب ما يأتى :

١ — أن يكون القريب فقيراً عاجزاً عن الكسب لصغر أو أنوثة أو مرض يقعده عن العمل ، فلو كان قادراً على الكسب لا تجب له النفقة على قريبه ولو لم يكن له مال ، لأن القادر على الكسب غنى بكسبه فلا تجب نفقته على أحد .

٢ — أن يكون متحداً فى الدين مع قريبه الذى تجب عليه نفقته ، لأن

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٤٩ ، حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٩٢ .

(٢) حكم محكمة مصر الابتدائية فى ٥/٥/ ١٩٤٠ (مجلة المحاماة الشرعية س : ١١ ص ٥٣) .

وجوب النفقة للأقارب من غير الأصول والفروع مبنى على استحقاق الإرث في الجملة ، وهذا لا يتحقق مع الاختلاف فى الدين ، وعلى هذا لو كان للأخ المسلم المستحق للنفقة أخوان موسران أحدهما مسلم والآخر غير مسلم فنفقته على أخيه المسلم فقط .

٣ — أن يكون من تجب عليه النفقة موسرا فلو كان القريب ذو الرحم المحرم معسراً لا تجب عليه النفقة لقريبه المحتاج للنفقة ولو كان قادراً على الكسب ، لأن وجوب هذه النفقة بطريق الصلة ، والصلات تجب على الأغنياء لا على الفقراء[1] .

وقد اختلف فقهاء الحنفية فى حد اليسار الذى يتعلق به وجوب النفقة فقال أبو يوسف : اليسار الذى تجب معه النفقة أن يملك الإنسان نصاب الزكاة[2] زائداً عن حوائجه الأصلية ، لأن نفقة القريب المحرم صلة ، والصلات إنما تجب

---

(١) وقد قررت محكمة القاهرة الابتدائية فى ١١/٧ / ١٩٥٦ ما يأتى « يشترط لأحقية القريب غير الوالدين فى طلب نفقة من قريبه أن يكون الطالب فقيراً عاجزاً عن الكسب ، فإن كان قادرا على العمل فنفقته فى كسبه من عمله » المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية ج ١ ص ٢٥٠ .

كما قررت فى ١٩٥٧/٥/٢٢ أن « نفقة الموسر فى ماله ولا تجب نفقته على أحد سواه ، وإن شرط وجوب نفقة القريب على قريبه هو فقر طالب النفقة وعجزه عن الكسب ويسار المطلوب منه النفقة » المصدر المتقدم ص ٢٥٢ .

(٢) نصاب الزكاة فى النقدين مقدر فى الشرع بعشرين مثقالا من الذهب ، والمثقال يساوى ٨٨ / ٦ جرام وبمائتى درهم من الفضة تساوى عشرين مثقالا ، جاء فى البدائع ج ٤ ص ٣٥ « قال ابن سماعة فى نوادره : سمعت أبا يوسف قال : لا أجبر على نفقة ذى الرحم المحرم من لم يكن معه ما تجب فيه الزكاة ، ولو كان معه مائتا درهم إلا درهما وليس له عيال وله أخت محتاجة لم أجبره على نفقتها ، وإن كان يعمل بيده ويكتسب فى الشهر خمسين درهما » .

على الأغنياء كالصدقة ، ونهاية الغنى لا حد لها ، ومبدؤه فى الشريعة ملك ما تجب فيه الزكاة فيقدر الغنى به .

وقال محمد : اليسار الذى تجب معه النفقة أن يكون عنده ما يزيد على نفقته ونفقة عيـاله شهرا إن كان من أهل الغلة ، وإن كان من أهل الحرف فهو مقدر بما يزيد عن نفقة عيـاله كل يوم ، لأن النفقة لدفع الهلاك فتجب على كل من له قدرة على دفع الهلاك عمن له به صلة ، ومن كان كسبه يزيد عن حاجته وحاجة عياله كل يوم يعتبر قادرا على دفع الهلاك عن قريبه فيلزمه الإنفاق عليه ، وهـذا الرأى هو أوفق الآراء وأرفقها بالناس ، وهو الذى يجرى عليه العمل (١) . فإذا تحققت هذه الشروط وجبت النفقة ، فإذا لم يكن للفقير المستحق للنفقة إلا قريب واحد وجبت النفقة عليه ، وإن كان له أكثر من قريب واحد وجبت النفقة عليهم باعتبار الإرث فإن كانوا جميعا وارثين وجبت النفقة عليهم بنسبة ميراث كل واحد منهم . وإن كان بعضهم وارثا والآخر غير وارث وجبت النفقة كلها على الوارث ولا شىء على غير الوارث .

والمعتبر عند الحنفية فى وجوب النفقة على القريب أن يكون أهلا للارث فى الجملة وإن لم يكن وارثا بالفعل ، وذلك كالخال فإنه أهل للارث فى الجملة لأنه من ذوى الأرحام ، وهم يرثون إذا لم يوجد أحد من العصبة أو أصحاب الفروض الذين يرد عليهم ، وهـذا إذا كان لمستحق النفقة أقارب بعضهم من المحـارم ، وبعضهم من غير المحارم ، كما إذا كان له خال وابن عم ، أما إذا كان المستحق

---

(١) البدائع جـ ٤ ص ٣٥ ، تبيين الحقائق جـ ٣ صـ ٦٤ ، البحر جـ ٤ صـ ٢٣٠ ، فتح القدير جـ ٣ صـ ٣٥٢ ، حاشية ابن عابدين جـ ٢ صـ ٦٩٥ .

النفقة أقارب كلهم من المحـارم كما إذا كان له خال وعم فإن المعتبر فى وجوب النفقة هو استحقاق الإرث بالفعل ، لا مجرد الأهلية للأرث .

ويتفرع على ذلك ما يأتى :

١ — إذا كان لمستحق النفقة أخ شقيق وأخ لأب وجبت نفقته على أخيه الشقيق دون الأخ لأب ، لأن الأخ الشقيق هو الذى يستحق الميراث .

٢ — إذا كان لمستحق النفقة خال وعم وجبت نفقته على العم لأنه هو الوارث بالفعل ولا شىء على الخال لأنه لا يرث مع وجود العم لأنه من ذوى الأرحام .

٣ — إذا كان لمستحق النفقة خال وابن عم ، وجبت النفقة على الخال فقط وإن كان لا يرث مع ابن العم ، لأنه أهل لاستحقاق الميراث فى الجملة ، وهذه الأهلية هى المعتبرة هنـا لا حقيقة الإرث كما تقدم ، أما ابن العم فلا تجب عليه النفقة أصلا وإن كان هو الوارث ، لأنه ليس بمحرم ، والمحرمية شرط لوجوب النفقة عند الحنفية كما تقدم .

٤ — إذا كان لمستحق النفقة ثلاثة إخوة أحدهما أخ شقيق ، والثانى أخ لأب والثالث أخ لأم فإن نفقته تجب على الأخ الشقيق والأخ لأم بنسبة ميراثهما ، فيجب على الأخ لأم السدس وعلى الأخ الشقيق الباقى ، أما الأخ لأب فلا يجب عليه شىء من النفقة لأنه لا يرث مع وجود الأخ الشقيق .

٥ — إذا كان لمستحق النفقة أخ شقيق وأخ لأم فعلى الأخ لأم سدس النفقة وعلى الأخ الشقيق خمسة أسداسها لأن الأخ لأم يأخذ السدس فى الميراث والأخ الشقيق يأخذ الباقى فتكون النفقة عليهما بنسبة ميراثهما .

٦ — إذا كان لمستحق النفقة عمة وخالة كانت النفقة عليهما أثلاثاً على العمة الثلثان وعلى الخالة الثلث بنسبة ميراثهما .

٧ — من كان له ثلاث أخوات إحداهن شقيقة ، والثانية من أبيه ، والثالثة من أمه فإن نفقته تجب عليهن أخماسا ، على الأخت الشقيقة ٣/٥ وعلى الأخت لأب ١/٥ وعلى الأخت لأم ١/٥ وذلك لأن الأخت الشقيقة تستحق النصف والأخت لأب تستحق السدس وكذلك الأخت لأم ، والسدس الباقى يرد عليهن بنسبة هذه الأنصباء فيكون للأخت الشقيقة ٣/٥ التركة ، فيجب عليها فى النفقة ثلاثه أخماسها ولكل من الأخت لأب والأخت لأم خمس التركة فيجب على كل منها خمس النفقة

تعدد الأقارب من أصناف مختلفة

عرضنا فيما تقدم لبيان الحكم فيما إذا كان لمستحق النفقة أصول أو فروع أو حواشى فقط وكان الموجود من كل صنف واحداً أو أكثر ، أما إذا كان لمستحق النفقة أقارب من أصناف مختلفة فهذا له حالات أربع :

الحالة الأولى — أن يكون له أصول وفروع .

« الثانية — أن يكون له أصول وحواشى .

« الثالثة — أن يكون له فروع وحواشى .

« الرابعة — أن يكون له أصول وفروع وحواشى .

وبيان الحكم فى كل حالة منها كما يأتى :

الحالة الأولى — أن يكون لمستحق النفقة أصول وفروع .

إذا كان لمستحق النفقة أصول وفروع ، وتوافرت فيهم شروط وجوب النفقة فإذا تفاوتوا فى درجة القرابة وجبت النفقة على أقربهم درجة ، سواء أكان وارثا أم غير وارث . فإذا كان لمستحق النفقة أب وابن ابن وجبت النفقة على الأب ،

لكونه أقرب درجة من ابن الابن ، وإن كان نصيبه من الميراث أقل من نصيب ابن الابن .

وإذا كان له أم وابن ابن وجبت النفقة كلها على الأم ، لأنها أقرب درجة من ابن الابن ولو كان له أبو أم وابن ابن ابن فنفقته على الجد ، وإن كان غير وارث ، لأنه أقرب درجة من ابن ابن الابن .

وإذا تساووا فى درجة القرابة وجبت النفقة بنسبة ميراثهم إلا إذا كان فيهم ابن أو بنت فإن النفقة تجب على الابن أو البنت لأن الوالد له شبهة ملك فى مال ولده ، لقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » فلا يشارك الولد أحد فى نفقه والديه . فإذا كان لمستحق النفقة أب وابن أو أم وابن كانت النفقة على الابن دون الأب أو الأم ، وإذا كان له أبو أب وابن ابن كانت النفقة عليهما بنسبة ميراثهما ، لاتحادهما فى الدرجة ، فعلى الجد السدس ، وعلى ابن الابن خمسة أسداسها .

وإذا كان له أبو أب وبنت بنت كانت نفقته كلها على الجد . ولا شىء على بنت البنت ، لأن الجد هو الوارث وأما بنت البنت فهى من ذوى الأرحام ، فلا ترث مع وجود الجد .

ويلاحظ على هذه الأحكام أن الحنفية لم يعتبروا الإرث عند اختلاف الفروع والأصول فى درجة القرابة بل جعلوا النفقة على الأقرب ، وقد يؤدى هذا إلى وجوب النفقة على غير الوارث كما لو كان لمستحق النفقة أبو أم وابن ابن ابن ، فإن النفقة تجب على أبى الأم وهو غير وارث .

وأن بعض مسائل هذه القاعدة يتعارض مع بعض مسائل قاعدة تعدد الأصول فقط ، كما إذا كان لمستحق النفقة أم وأبو أب ، وابن ابن ، فإن مقتضى

قاعدة اجتماع الأصول والفروع أن تكون النفقة على الأم وحدها ، لأنها أقرب درجة من الجد وابن الابن ، مع أنه تقدم فى قاعدة تعدد الأصول أنه إذا كان مع الأم جد لأب كانت النفقة عليهما بنسبة ميراثهما ، فترى من هذا أن الأم إذا اجتمع معها الجد وحده يعاونها بثلثى النفقة فلما وجد معها الجد وابن الابن لم يعاونها واحد منهما ، وهذا منطق غريب منشؤه عدم السير على طريقة واحدة ، فإنهم عند عدم وجود ابن الابن قالوا : المعتبر الإرث ، وعند وجوده قالوا : المعتبر قرب الدرجة .

الحالة الثانية — أن يكون لمستحق النفقة أصول وحواشى .

إذا كان لمستحق النفقة أصول وحواشى ، كما إذا كان له أم وأخ شقيق أو لأب وتوافرت فيهم شروط وجوب النفقة فالحكم فى هذه الحالة أنه إذا كان كل من الصنفين وارثا ، كما فى المسألة المتقدمة وجبت النفقة عليهم جميعا بنسبة الإرث ، وإن كان أحد الصنفين وارثا والآخر غير وارث فالنفقة على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين بل ولو كان الحواشى أقرب من الأصول ، وذلك لترجيح الجزئية على غيرها .

فإذا كان لمستحق النفقة أم وأخ شقيق فإن النفقة تجب عليهما لأن كلا منهما وارث ، فيجب على الأم الثلث وعلى الأخ الثلثان على حسب نصيبهما فى الميراث .

وكذلك لو كان مكان الأخ الشقيق عم فعلى الأم الثلث وعلى العم الثلثان على حسب الميراث .

ولو كان لمستحق النفقة جدة من جهة الأم أو الأب وأخ شقيق أو لأب فعلى الجدة السدس وعلى الأخ الباقى حسب الميراث .

وإذا كان لمستحق النفقة جد من جهة الأم وأخ شقيق أو عم فالنفقة على الجد وحده . لأن أحد الصنفين وارث وهو الأخ الشقيق أو العم ، والصنف الآخر غير وارث وهو الجد أبو الأم فتجب النفقة عليه وحده للجزئية .

ولو كان له أم وأخ شقيق وعم فالنفقة على الأم والأخ الشقيق بنسبة ميراث كل منهما فعلى الأم الثلث وعلى الأخ الثلثان ، أما العم فلا يجب عليه شيء لأنه لا ميراث له لوجود الأخ الشقيق .

وإذا كان له جد من جهة الأب وأخ شقيق فالنفقة على الجد وحده ولا شيء على الأخ الشقيق عند أبي حنيفة لأن الأخ الشقيق لا يرث مع الجد عند أبي حنيفة . وعلى رأي الصاحبين تجب النفقة على الجد والأخ الشقيق على حسب ميراث كل منهما .

لأن الأخ عندهما يرث مع الجد فتجب النفقة عليه وعلى الجد بنسبة ميراث كل منهما ، ورأي أبي حنيفة في هذه المسألة هو الراجح .

وإذا كان لمستحق النفقة جد من جهة الأب وأم وأخ شقيق كانت النفقة على الجد وحده عند أبي حنيفة ، وإنما وجبت النفقة كلها على الجد وحده ولم تجب عليه وعلى الأم بنسبة ميراثهما كما هي القاعدة المتقدمة — من أنه إذا اجتمع الأصول والحواشي وكان أحدهما وارثا والآخر غير وارث تسقط الحواشي وتجب على الأصول كما لو كانوا وحدهم ، لأن الجد في هذه الصورة ينزل منزلة الأب عند أبي حنفية ، ولذلك حجب الأخ الشقيق فيعامل معاملة الأب ، والأب لو كان موجوداً لا يشاركه أحد في نفقة ولده فكذلك من كان بمنزلته (١) .

هذا: ومما يلزم التنبه له هنا أن وجوب النفقة على الجد وحده إذا كان يحجب

---

(١) تحرير النقول في نفقة الفروع والأصول جـ ١ ص ٢٨٤ : ٢٨٥ .

الإخوة أو غيرهم من العصبة لايزال كما هو حتى بعد صدور قانون المواريث الجديد الذى نص على أن الجد يقاسم الإخوة فى الميراث ، وجعله كأخ إذا كانوا ذكورا فقط أو ذكوراً وإناثا أو إناثا عصبن مع الفرع الوارث من الإناث . . . الخ لأن العمل بهذا النص القانونى فى الميراث يعتبر استثناء من وجوب العمل بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، والاستثناء لا يتوسع فيه ، بل يقتصر فيه على موضع النص ، بهذا قضت محكمة بنى سويف الابتدائية فى حكمها الصادر فى ١١ / ٦ / ١٩٥٠[١] ، ومحكمة تلا الشرعية فى حكمها الصادر فى ٣٠ / ٩ / ١٩٥٣ ، وقد جاء فى هذا الحكم المبدأ الآتى :

ا — إذا اجتمع الجد لأب مع الأم الموسرة بدون أخ فالنفقة عليهما أثلاثا ، أما إذا كان مع الجد أخ فإن النفقة تكون على الجد وحده ، لتنزيله منزلة الأب فى حجب الأخ .

ب — القانون رقم ٧٧ سنة ١٩٤٣ الخاص بالميراث وإن كان قد جعل الجد فى منزلة الأخ إلا أن هذا استثناء من العمل بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ، ولا يتوسع فى الاستثناء ، بل يقتصر فيه على موضع النص[٢] .

ويلاحظ على هذه الأحكام التى قررها علماء الحنفية أن اعتبار الإرث عندما يكون كل واحد من الصنفين وارثاً ، واعتبار الجزئية وإلغاء النظر إلى الإرث عندما يكون أحد الصنفين وارثاً والآخر غير وارث يؤدى إلى نتائج غير معقولة ويظهر ذلك فى هاتين المسألتين :

---

(١) مجلة المحاماة الشرعية ص ٣٧١ س : ٢١ ،
(٢) المصدر السابق ص ٢٦٥ س : ٢٤ .

المسألة الأولى : إذا كان لمستحق النفقة أم وعم .

المسألة الثانية : إذا كان لمستحق النفقة جد من جهة الأم وعم .

ففى المسألة الأولى يشارك العم الأم فى النفقة لأن كلا منهما وارث فتجب النفقة عليهما بمقدار نصيب كل منهمـا ، وفى المسألة الثانية تجب النفقة على الجد وحده ولا يشـاركه العم فى شىء منها مع أن العم ينفرد بالميراث دون الجد ، فالحواشى يعاونون الأصل إذا اشترك معهم فى الميراث ولا يعاونونه إذا انفردوا بالميراث وهو منطق غريب ، منشؤه كما قلنا عدم السير على طريقة واحدة .

الحالة الثالثة : أن يكون لمستحق النفقة فروع وحواشى .

إذا كان لمستحق النفقة أقارب من الفروع والحواشى وتوافرت فيهم شروط وجوب النفقة فالنفقة تجب كلهـا على الفروع ولا شى على الحواشى ولو كانوا وارثين ، لترجيح قرابة الجزئية على غيرها .

وعلى هذا لو كان لمستحق النفقة بنت وأخت شقيقة فالنفقة كلها على البنت ولا شىء على الأخت الشقيقة وإن كانت تأخذ نصف التركة .

ولو كان له بنت بنت وأخ شقيق فالنفقة على بنت البنت وحدها ولا يجب شىء على الأخ الشقيق مع أنه هو الذى يحوز الميراث كله .

الحالة الرابعة : أن يكون لمستحق النفقة أصول وفروع وحواشى .

إذا كان لمستحق النفقة أقارب بعضهم من الأصول وبعضهم من الفروع وبعضهم من الحواشى وتوافرت فيهم شروط وجوب النفقة فالحكم فى هذه الحالة أن الحواشى يسقطون بالفروع وتكون النفقة على الأصول والفروع على النحو

الذى بيناه عند اجتماع الأصول والفروع وذلك لقوة قرابة الجزئية بالنسبة لغيرها فيقدمون فى وجوب النفقة على غيرهم من الأقارب .

وهذا كله إذا كان الأقارب من الأصول والفروع والحواشى موسرين جميعاً ، أما إذا كان لمستحق النفقة أقارب بعضهم معسر لا تجب عليه النفقة وبعضهم موسر تجب عليه النفقة فإن كان المعسر يحوز كل الميراث فإنه يفرض معدوماً ليتأتى اعتبار الآخرين وارثين ، وتفرض النفقة عليهم بحسب أنصبائهم فى الميراث .

وإن كان لا يحوز كل الميراث فإنه لا يعتبر معدوماً بل تقسم النفقة عليه وعلى الموسرين بنسبة سهامهم ، ثم يوزع ما يخص المعسر على الموسرين بنسبة سهامهم .

فإذا كان لمستحق النفقة ابن معسر لا يقدر على الكسب ، وأخ شقيق وأخ لأم موسران اعتبر الابن ميتا لأنه يحوز كل الميراث ، ووجبت النعقة على الأخ الشقيق والأخ لأم بمقدار نصيب كل منهما فى الميراث ، فيجب على الأخ لأم السدس ، وعلى الأخ الشقيق الباقى .

ولو كان له أخ شقيق معسر وأخ وأخت من الأب موسران اعتبر الأخ الشقيق ميتا لأنه يحوز كل الميراث ، ووجبت النفقة على الأخ والأخت من الأب بقدر نصيب كل منهما فى الميراث فعلى الأخ الثلثان وعلى الأخت الثلث .

ولو كان له بنت معسرة وأخ شقيق وأخ لأم موسران فلا تعتبر البنت ميتة لأنها لا تحوز كل الميراث بل ننظر إلى نصيب كل من الأخوين مع وجودها

فنجد أن البنت تأخذ نصف التركة والأخ الشقيق يأخذ النصف الآخر ، ولا شيء للأخ لأم . وعلى هذا تكون النفقة على البنت والأخ الشقيق مناصفة ثم يلزم الأخ الشقيق بكل النفقة لإعسار البنت .

ولو كان له أم وأخت شقيقة موسرتان وأخت لأب وأخت لأم معسرتان فلا تعتبر كل من الأخت لأب والأخت لأم ميتة لأنه لا تحوز واحدة منهما كل الميراث فتقسم النفقة عليهما وعلى الأم والأخت الشقيقة ثم يوزع ما يخصهما على الأم والأخت الشقيقة بنسبة سهامهما فيكون على الأم السدس والأخت الشقيقة النصف والأخت لأب السدس والأخت لأم السدس ، ولإعسار الأخت لأب والأخت لأم يسقط ما يخصهما ويوزع على الأم والأخت الشقيقة بحسب سهامهما فيكون على الأم ربع النفقة وعلى الأخت الشقيقة ثلاثة أرباعها .

ولو كان لمستحق النفقة أم معسرة وأم أم وعم فلا تفرض الأم ميتة لأنها لا تحوز المال كله فى الميراث ، بل تعتبر موجودة وباعتبارها موجودة تحجب الجدة من الميراث فلا يكون لها سهم فى النفقة وتكون النفقة كلها على العم لإعسار الأم .

وعلى هذا قررت محكمة دمنهور الابتدائية فى ١٤ / ٢ / ١٩٥٦ « أن نفقة الأولاد — عند انعدام والدهم ووجود أصولهم — تكون على الأصول الوارثين بقدر استحقاقهم فى الإرث إذا كانوا جميعاً موسرين ، فإن اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر ينظر إلى المعسر فإن كان يحوز كل الميراث يجعل كالمعدوم ، ثم ينظر إلى ورثة من تجب له النفقة فتجعل عليهم على قدر ميراثهم ، وإن كان المعسر لا يحوز كل الميراث تقسم النفقة عليه وعلى من يرث معه فيعتبر

المعسر لإظهار قدر ما يجب على الموسرين ، فإذا كانت الأم معسرة والجد موسراً فلا نفقة على الأم مع وجود الجد(١) .

* * *

وهذا آخر ما يسر الله كتابته فى هذه البحوث ، والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ، والصلاة والسلام على صفوة أنبيائه سيدنا ومولانا محمد النبى الأمى وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .

---

(١) المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية ج ٢ ص ٢٥٠ .

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الصفحة

الموضوع

الموضوع | الصفحة

الخطأ والصواب

ص	س	الخطأ	الصواب
٢١	٢٠	نطالم	نظام
٢٢	١٧	المالية	الملية
٦٠	٧	يماثلها	يمثلها
٦٦	١٤	أسرته إلى التى	أسرته التى
٦٧	٩	الملاءمة	الملاءه
٨١	٧	كثيرة	كغيره
٨١	١١	أراد أن	أراد النبى أن
١٠٥	١٦	كان العقد فاسدا	كان العقد صحيحا، وإن لم تتحقق الشهادة أصلا لا وقت العقد ولا عند الدخول كان العقد فاسدا
١٠٧	١٢	الكافرين	للكافرين
١١٧	٩	فما	فما
١٢٤	١١	يكن	يكون
١٢٧	١٢	أحدهما	أو أحدهما
١٣٧	٣	محرمة على الزواج	محرمة على الرجل الذى يريد الزواج بها، وأن هذا التحريم يكون سببا فى بطلان
١٧٥	١٨	لادره	لادرّدرّه
١٧٦	١٨	جلا	رجلا
١٨٢	٣	ومن حكمها	ومن فى حكمها
١٨١	٢٠	بالزواج الرجل	بالزواج
١٨١	٢٠	لكان جامعا	لكان الرجل جامعا

ص	س	الخطأ	الصواب
١٨٤	٩	عليهم	عليهن
١٨٧	٣	تلمنى	فلا تلمنى
٢٠١	٦	تقم	لم تقم
٢٠١	٢٠	هو المرأة	هو والمرأة
٢٠٩	١٢	بها	بينها
٢٢٠	٢١	وجد	زوجة
٢٤٠	١٣	أماولى	الأولى
٢٦٤	٥	ولوسبيل	واو على سبيل
٢٩٣	٤	المفتى بها	المفتى به فيها
٣٠٣	١١	ترتب	وترتب
٣٠٥	١٣	هذه فى	فى هذه
٣٢٥	٤	كان عنده	كان من عنده
٣٣٢	١٠	المدة	المدد
٣٤١	١٧	إلا أذن	إلا إذا أذن
٣٤٤	٢٠	المرأة	المراد
٣٤٨	١٦	إن	وإن
٣٥٧	٧	يجعل	أن يجعل
٣٦٠	٦	الفرقة هى	الفرقة التى هى
٣٦٢	٥	الفرق	الفرقة
٣٧٤	٢	قضائيا	قضائية
٣٧٩	١٢	يمسكها	يمسها
٣٨١	٢١	احتفاظ	احتفاف

ص	س	الخطأ	الصواب
٤١٣	٧	والتطليق بسبب حبس	والتطليق بسبب رغبة الزوج والتطليق بسبب حبس الزوج
٤٢٣	٩	هذا وهو	هذا هو
٤٣٤	٢١	وذلك	فى ذلك
٤٣٩	١١	لم أدقع	إن لم أدقع
٤٤٦	١٢	هذا	هذه
٤٦٠	٩	الواقع	وقع
٤٧٩	١٥	موكل	ذكر
٥٢٥	١٢	زوروا	زورا
٥٢٦	٨	مسكينا	ستين مسكينا
٥٣٤	٨	الشهر	الشهران
٥٦١	١٤	ليس متند	ليس لها مستند
٥٧٢	١٧	اعتبارها	اعتباره
٥٧٧	٤	أن الروجة	الزوجة
٦٠٥	١٣	الولدات	الوالدات
٦٢٠	٢١	بالأب	بالأم على المنتسب بالأب
٦٤٥	٩	وسن	وهى سن